

LUCIANE MOESSA DE SOUZA

**MEIOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS  
ENVOLVENDO ENTES PÚBLICOS  
E A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS COLETIVOS**

DOUTORADO EM DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
FLORIANÓPOLIS

2010

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO  
CURSOS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**MEIOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS  
ENVOLVENDO ENTES PÚBLICOS  
E A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS COLETIVOS**

Tese apresentada à Banca Examinadora  
para obtenção do grau de Doutora em Direito  
por Luciane Moessa de Souza  
Orientador: Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues

Florianópolis

2010

Luciane Moessa de Souza

**MEIOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS  
ENVOLVENDO ENTES PÚBLICOS  
E A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS COLETIVOS**

Esta tese foi julgada adequada para obtenção do título de Doutora em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na área de concentração Direito, Estado e Sociedade.

Banca Examinadora:

---

Presidente: Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues, Orientador (UFSC)

---

Membro: Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho (UERJ)

---

Membro: Profa. Dra. Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori (UNIVALI)

---

Membro: Prof. Dr. Ricardo Soares Stersi dos Santos (UFSC)

---

Membro: Profa. Dra. Danielle Annoni (UFSC)

---

Coordenador: Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer

Florianópolis, dezembro de 2010.

“A vida bloqueada  
instiga o teimoso viajante  
a abrir nova estrada”  
Helena Kolody  
(poetisa paranaense)

## AGRADECIMENTOS

Todo trabalho científico deve muito a muita gente. O esforço desenvolvido por seu autor durante a pesquisa aproveita-se do esforço anterior empreendido por diversos pesquisadores, mais ou menos pioneiros, bem assim de profissionais críticos que se dedicam, em maior ou menor grau, a organizar e divulgar as reflexões sobre sua prática e contribuir para o aprimoramento de outros profissionais. A todos os autores de textos utilizados como minhas fontes, o meu reconhecimento.

Esta pesquisa certamente tampouco teria sido realizada da forma que o foi se não existisse um espaço como o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, programa marcado pelo viés crítico, pelo acesso democrático, pela abertura a diferentes perspectivas na produção de conhecimento. Sou imensamente grata à coordenação do curso, aos professores com quem tive oportunidade de aprender e conviver em alguma medida, aos meus colegas de Doutorado (e alguns de Mestrado) que enriqueceram de forma significativa este ambiente acadêmico.

Da mesma forma, naturalmente, devo tributo ao meu orientador, Professor Doutor Horácio Wanderlei Rodrigues, que, com suas observações que eu chamaria de estratégicas e sua larga experiência de pesquisador, sem dúvida, trouxe inegáveis contribuições para o desenvolvimento da pesquisa, sem jamais tolhir, contudo, os objetivos a que me propus.

Não poderia deixar de fazer, ainda, um agradecimento especial a Jan Summer e Robert Jones, que desempenharam papel fundamental no desenvolvimento da pesquisa de campo nos Estados Unidos. Sou também imensamente grata a todos os entrevistados e outras pessoas que intermediaram contatos para que eu pudesse realizar a pesquisa de campo tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos, interrompendo suas atividades cotidianas para responder aos meus questionamentos.

Devo mencionar também a gratidão e reconhecimento que tenho à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal Superior pela concessão de bolsa para realização de Doutorado-sanduíche no exterior, à Universidade do Texas por ter me recebido e ao Banco Central do Brasil, pela concessão de licença para conclusão da pesquisa.

Não posso deixar de reconhecer também o carinho, o estímulo e a compreensão que sempre recebi de amigos e familiares, que nunca se ressentiram da redução de tempo em nosso convívio, por conta do meu comprometimento com o desenvolvimento da pesquisa.

Por fim, agradeço sobretudo a Deus, fonte constante de inspiração e coragem.

## RESUMO

Este trabalho busca esclarecer as vantagens e possibilidades de utilização de meios consensuais de solução de conflitos na esfera pública, com enfoque especial nos conflitos de dimensão coletiva, ou seja, aqueles que envolvem políticas públicas, notadamente as voltadas para a implementação de direitos fundamentais, bem como desenvolver uma metodologia adequada para o emprego de tais meios na solução destes conflitos e, ainda, propor alterações no quadro normativo que tornem mais simples, seguro e eficiente o uso deste caminho. A metodologia empregada é a pesquisa doutrinária e legislativa, de um lado, e a pesquisa de campo mediante entrevistas em programas que utilizam tais métodos, de outro. Aborda-se, assim, preliminarmente, a controvérsia sobre a existência de distintos graus de eficácia jurídica dos direitos fundamentais, enfocando os limites e possibilidades para o controle jurisdicional da elaboração e/ou implementação de políticas públicas, tanto no plano processual quanto no plano de direito material. O passo seguinte é o exame dos diferentes meios consensuais de resolução de controvérsias, apresentando rapidamente os diversos modelos de mediação e os tipos de conflito em que é viável e adequada a sua utilização, bem como os deveres éticos dos mediadores e as questões envolvidas na construção e funcionamento de um rol de mediadores qualificados. A seguir, o trabalho trata de esmiuçar os variados espaços nos quais se verifica a adequação dos meios consensuais para resolver conflitos envolvendo entes públicos, enfrentando os argumentos contrários à possibilidade de transações que afetem interesses tutelados pelo Poder Público e apresentando propostas de alteração legislativa que incentivem a utilização destes meios no espaço público. Por fim, desenvolve-se um modelo, devidamente adaptado aos princípios que regem o sistema jurídico brasileiro, de mediação participativa, voltado especificamente para a solução de conflitos de dimensão coletiva, bem como apresenta-se a proposição de alterações legislativas necessárias para a implantação do modelo no Brasil. No apêndice, consta a descrição de experiências práticas de mediação, com ênfase nos conflitos envolvendo entes públicos, tanto no Brasil quanto nos EUA, na esfera administrativa, como na judicial, todas objeto de pesquisa empírica, assim como estudos de caso em que se descrevem situações práticas de sua utilização nos EUA.

**Palavras-chave:** Meios consensuais – direitos fundamentais – entes públicos – mediação – conflitos coletivos.

## ABSTRACT

The purpose of this research is to clarify the advantages and possibilities of the use of consensual tools to solve conflicts involving public entities, focusing specially in the collective disputes, that means, those who regard public policies, specifically the ones which affect basic rights, as well as to develop na appropriate method to the use of these tools in the solution of such disputes and, also, propose changes in the legislation that make easier, safer and efficient to use this way. The method applied is the research in the doctrine and legislation, in one side, and the empirical research using interviews in programs that use these methods, in the other side. It approaches, preliminarily, the controversial issue regarding the existence of distinct degrees of enforceability of the basic rights, involving the limits and possibilities of the judicial control of the elaboration and implementation of public policies, both in the sphere of the procedural and the material law. After that, it explores the different consensual tools to solve disputes, presenting quickly the various models of mediation and the types of conflict in which its use is feasible and appropriate, as well as the ethical duties of mediators and the issues involved in the construction and working of a number of qualified mediators. In the following moment, the dissertation details the distinct spaces in which the use of consensual tools to solve conflicts regarding public entities is appropriate, facing the arguments contrary to the possibility of settlements involvig public interests and presenting proposals of legislative change which encourage the use of these tools in the public space. Eventually, it is developed a model, adapted to the principles of Brazilian public law, of participative mediation, aproprate specifically to the resolution of collective conflicts, as well as the proposition of the necessary legislative changes that make feasible to apply the model in Brazil. The appendicis contains the description of practical experiences of mediation, with emphasis in the conflicts involvig public entities, both in Brazil and in the U.S.A., in the administrative and court levels, all of them object of empirical research, and also includes case studies with the description of practical situations in which it has been used in the U.S.A.

**Key-words:** Consensual tools – basic rights – public entities – mediation – collective disputes.

## RESÚMEN

Esta tesis busca clarificar las posibilidades de utilización de medios consensuales de solución de conflictos en la esfera pública, con enfoque especial en los conflictos de dimensión colectiva, o sea, aquellos que envuelven políticas públicas, notadamente las volvidas para la implementación de derechos fundamentales, como también desarrollar una metodología adecuada para el empleo de estos medios en la solución de tales conflictos y proponer cambios en el cuadro normativo que hagan más sencillo, seguro y eficiente el uso de este camino. La metodología empleada es la investigación doctrinaria e legislativa, por una parte, e la investigación de campo con entrevistas en programas que utilizan tales métodos, por otra. Aborda, así, preliminarmente, la controversia sobre la existencia de distintos grados de eficacia jurídica de derechos fundamentales, examinando los límites y posibilidades para el control jurisdiccional de la elaboración y/o implemento de políticas públicas, sea en el plan procesal, sea en el plan de lo derecho material. En seguida, pasa a explorar los diferentes medios consensuales de resolución de controversias, presentando rápidamente los diversos modelos de mediación y los tipos de conflicto en los cuales es viable y adecuada su utilización, así como los deberes éticos de los mediadores y las cuestiones abrangidas en la construcción y funcionamiento de un rol de mediadores cualificados. En el momento siguiente, la tesis cuida de detallar los variados espacios en los cuales se verifica adecuado el uso de los medios consensuales para resolver conflictos envolviendo entes públicos, enfrentando los argumentos contrarios a la posibilidad de transacciones que afecten intereses tutelados por el Poder Público y presentando propuestas de cambio legislativo que incentiven la utilización de estos medios en el espacio público. En el final, desarrolla-se un modelo, devidamente adaptado a los principios que rigen el sistema jurídico brasileño, de mediación participativa, adecuado específicamente para la solución de conflictos coletivos, así como la proposición de cambios legislativos necesarios para el implemento del modelo en Brasil. El apéndice incluye la descripción de experiencias prácticas del uso de la mediación, con énfasis en los conflictos envolviendo entes públicos, tanto en Brasil cuanto en los EUA, sea en la esfera administrativa, sea en la judicial, todos ellos objeto de investigación empírica y también estudios de caso con la descripción de situaciones prácticas de su utilización en los EUA.

**Palabras-clave:** Medios consensuales – derechos fundamentales – entes públicos – mediación – conflictos colectivos.



## SUMÁRIO

1 Introdução.....	21
2 O paradigma da pesquisa.....	30
2.1 Complexidade e interdependência como categorias-chave.....	30
2.2 Contribuições do paradigma holístico-ecológico.....	32
2.3 Contribuições da física quântica.....	33
2.3.1 Mudança das partes para o todo.....	33
2.3.2 Mudança de estrutura para processo.....	33
2.3.3 Mudança de ciência objetiva para ciência epistêmica.....	34
2.3.4 Mudança de construção para rede como metáfora do conhecimento.....	34
2.3.5 Mudança de descrições verdadeiras para descrições aproximadas.....	34
2.4 Contribuições da teoria do agir comunicativo de Habermas.....	35
2.5 Contribuições da filosofia da libertação.....	36
2.6 Contribuições do pensamento político democrático.....	37
2.7 Acesso à justiça e desenvolvimento.....	47
2.7.1 Conceito de acesso à justiça e sua relevância para a realização dos direitos fundamentais.....	47
2.7.2 Obstáculos para a realização do acesso à justiça.....	48
2.7.3 As propostas de aprimoramento e o potencial da mediação para a superação destes obstáculos.....	55
2.7.4 Correlação entre desenvolvimento institucional e desenvolvimento econômico.....	58
2.7.5 Políticas públicas de acesso à justiça e os princípios da isonomia e da eficiência: coletivização das demandas e utilização de meios consensuais.....	63
2.7.5.1 Coletivização das demandas que envolvem políticas públicas.....	64
2.7.5.2 Eficácia dos meios consensuais na redução de custos e duração do conflito, bem como na qualidade da solução obtida.....	68
3 Eficácia jurídica dos direitos fundamentais.....	70
3.1 Conceito e categorias de direitos fundamentais: o princípio da interdependência.....	70

3.2 Limites e possibilidades para o controle jurisdicional da elaboração e/ou implementação de políticas públicas.....	80
3.2.1 Legitimidade do controle judicial de políticas públicas.....	80
3.2.2 Critérios para o controle judicial de políticas públicas: o mínimo existencial e outros conceitos instrumentais – a questão da colisão entre direitos fundamentais.....	87
3.2.3 Limites para o controle judicial de políticas públicas: a discricionariedade de meios, a ênfase nos meios consensuais, a reserva do possível, a política tributária e a programação orçamentária.....	96
3.3 Responsabilidade do Estado por omissão no que pertine à concretização dos direitos fundamentais.....	110
 4 Conceito e funcionamento dos meios consensuais.....	 115
4.1 Mediação de conflitos: delimitação.....	115
4.1.1 Mediação X negociação.....	118
4.1.2 Técnicas e propósitos da mediação: diferentes modelos.....	119
4.1.3 Campo de abrangência da mediação.....	125
4.1.4 Tipos de conflitos solucionáveis por mediação.....	126
4.1.5 Critérios para construção do acordo na mediação: a diferenciação entre direitos disponíveis e direitos indisponíveis.....	130
4.2 Conciliação.....	131
4.3 A importância da distinção e a situação dos conflitos que envolvem o Poder Público....	133
4.4 Mediação de conflitos em que há desigualdade de poder entre as partes.....	134
4.5 Os riscos envolvidos no processo de mediação.....	136
4.6 Facilitação de processos decisórios participativos.....	138
4.7 Outros meios “alternativos” de solução de controvérsias.....	139
4.8 Os mediadores.....	140
4.8.1 Diretrizes éticas.....	141
4.8.1.1 Imparcialidade.....	142
4.8.1.2 Dever de respeitar a autonomia das partes.....	147
4.8.1.3 Deveres de competência e diligência.....	148
4.8.1.4 Dever de alertar as partes sobre a necessidade de perícia técnica ou assessoramento de terceiros.....	148

4.8.1.5 Dever de zelar pelo equilíbrio de poder entre as partes.....	151
4.8.1.6 Confidencialidade.....	152
4.8.1.7 Transparência na condução do processo.....	154
4.8.1.8 Remuneração do mediador.....	156
4.8.1.9 Dever de zelar pelos interesses de terceiros afetados.....	157
4.8.2 Co-mediação.....	159
4.8.3 As qualidades necessárias para um bom mediador.....	159
4.8.4 Sobre a regulamentação (ou não) da atividade.....	161
4.8.4.1 Cadastro, registro ou certificação de mediadores – critérios apropriados.....	162
4.8.4.2 A capacitação de mediadores .....	168
4.8.4.3 Supervisão e aplicação de penalidades por desvio ético.....	174
 5 Mediação e conciliação nos conflitos que envolvem o Poder Público em juízo.....	 181
5.1 Processos individuais.....	185
5.1.1 Processos de competência dos Juizados Especiais.....	185
5.1.2 Procedimento ordinário.....	190
5.1.3 Procedimentos especiais envolvendo a Fazenda Pública.....	191
5.2 Processos coletivos.....	192
5.3 Quadro normativo em nível federal.....	193
5.3.1 Ações em que a União ou outros entes federais estão no polo passivo ou estão no polo ativo sem realizarem a cobrança de um crédito.....	194
5.3.2 Desistência ou não ajuizamento de ações e não interposição de recursos quando a União ou seus entes forem credores.....	202
5.3.3 Parcelamentos.....	205
5.3.4 Dever de colaboração com a instrução.....	206
5.3.5 Efeitos da celebração de transação em processos com mesmo objeto ou causa de pedir.....	207
5.4 Obstáculos culturais e institucionais para a utilização da conciliação por entes públicos em juízo X potenciais benefícios da prática.....	208
5.5 Critérios e procedimentos para celebração de acordos em processos individuais envolvendo o Poder Público.....	212
5.5.1 Critérios para celebração de acordos.....	217

5.5.1.1 O respeito aos limites legais e a questão da “disponibilidade” e da “transigibilidade” de direitos, bens e interesses sob tutela do Poder Público.....	217
5.5.1.2 Transações envolvendo o Poder Público e o princípio da isonomia.....	221
5.5.1.3 Do dever de avaliar a possibilidade de transigir em todo litígio proposto contra o Poder Público.....	222
5.5.1.4 Do dever de transigir em determinadas situações.....	225
5.5.2 Propostas de modificação da Lei 9.469/97 e de legislação nacional para entes públicos federais, estaduais, distritais e municipais.....	227
6 Mediação e conciliação no processo administrativo.....	229
6.1 Processo individual desencadeado pela Administração Pública (decorrente de fiscalização de ofício, de representação de cidadão ou de reclamação de usuário do serviço público ou fiscalizado).....	231
6.1.1 A solução de conflitos pelas agências reguladoras.....	240
6.1.2 O termo de ajustamento de conduta: conteúdo, procedimento e efeitos.....	252
6.2 Processo individual desencadeado por cidadão ou ente privado (em que há pedido de reparação de danos causados por ente público ou pedido de realização, modificação, anulação ou revogação de ato administrativo).....	263
6.2.1 A proposta de criação de um processo administrativo simplificado, com tentativa obrigatória de conciliação.....	265
6.2.2 A atuação das ouvidorias.....	268
6.3 Processo individual de licenciamento de obras ou empreendimentos.....	271
6.4 Processo individual disciplinar.....	273
6.5 Processo individual de desapropriação ou de demarcação de terras indígenas ou remanescentes de quilombos.....	276
6.6 Processo individual de licenciamento para atuação profissional ou supervisão disciplinar desta atividade.....	277
6.7 Gerenciamento de processos e processo administrativo coletivo.....	277
6.8 Transações em processos administrativos no direito estrangeiro.....	279
6.8.1 Estados Unidos.....	279
6.8.2 Espanha.....	280
6.8.3 Itália.....	282

6.8.4 França.....	286
6.8.5 Alemanha.....	286
6.8.6 Reino Unido.....	288
6.8.7 China.....	288
6.9 Normas gerais aplicáveis e procedimentos para celebração de acordos na esfera administrativa.....	289
6.9.1 Da publicidade.....	289
6.9.2 Da definitividade.....	290
6.9.3 Das normas do Código Civil e da Lei de Licitações e Contratos aplicáveis às transações administrativas.....	291
6.10 Propostas de modificação da Lei 9.784/99.....	293
6.11 Administração de meios consensuais de solução de conflitos envolvendo o Poder Público.....	294
 7 Outros espaços de aplicação dos meios consensuais nos conflitos que envolvem o Poder Público.....	 295
7.1 Processo individual na esfera tributária.....	295
7.1.1 Pressupostos formais.....	298
7.1.2 Pressupostos materiais – os critérios para celebração de transação.....	299
7.1.3 Projeto de lei da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional sobre transação tributária.....	302
7.1.3.1 Hipóteses e critérios para celebração de transação.....	303
7.1.3.2 Efeitos da transação e sanções por descumprimento.....	305
7.1.3.3 Transação por recuperação tributária.....	306
7.1.3.4 Transação em juízo.....	306
7.1.3.5 Transação por adesão.....	307
7.2 Meios consensuais de solução de conflitos entre órgãos governamentais.....	309
7.2.1 Conflitos envolvendo entes federais.....	310
7.2.2 Conflitos entre entes federativos ou no âmbito de um mesmo ente federativo.....	319
7.3 Controle externo e interno e meios consensuais de solução de conflitos.....	321
7.4 Meios consensuais de solução de conflitos entre categorias de servidores públicos e seus empregadores.....	322
7.5 Mediação de conflitos no local de trabalho.....	326

7.5.1 Da abrangência: que casos são ou não apropriados para a mediação.....	333
7.5.2 Questões procedimentais.....	334
7.5.2.1 Do início do procedimento: de ofício ou apenas mediante requerimento de uma das partes.....	334
7.5.2.2 Da obrigatoriedade ou voluntariedade.....	335
7.5.2.3 Da difusão da utilização do sistema no âmbito da organização.....	338
7.5.2.4 Da confidencialidade e sua medida.....	340
7.5.2.5 Quem são os mediadores: pessoas internas ou externas à organização, em tempo integral ou em tempo parcial.....	341
7.5.2.6 Dos custos do programa – sua comparação com as alternativas disponíveis.....	343
7.6 Elaboração participativa de regulamentos administrativos.....	345
7.7 Mediação comunitária e conflitos envolvendo o Poder Público.....	350
 8 A operacionalização da mediação de conflitos coletivos.....	 353
8.1 A conversão de ações individuais em ações coletivas sempre que estiverem em jogo políticas públicas ou danos coletivos.....	358
8.2 A questão da obrigatoriedade X facultatividade: necessidade de uma adequação ao tipo de conflito.....	361
8.3 A forma de designação do mediador.....	365
8.4 A questão da confidencialidade.....	366
8.5 Quem deve participar da mediação.....	372
8.5.1 Ministério Público.....	373
8.5.2 Defensoria Pública.....	374
8.5.3 Advocacia Pública.....	375
8.5.4 Poder Executivo.....	375
8.5.5 Poder Legislativo.....	376
8.5.6 Entidades representativas.....	377
8.5.7 Grupos não organizados de titulares de direitos individuais homogêneos.....	379
8.5.8 Entes privados que tenham responsabilidades e/ou interesses envolvidos no conflito.....	379
8.5.9 Instituições acadêmicas e de pesquisa.....	379
8.5.10 A questão das divergências intra-grupos.....	380

8.6 O esclarecimento dos contornos fáticos e técnicos: a obtenção de informações e realização de estudos necessários para a solução do conflito.....	383
8.6.1 Da requisição de informações.....	383
8.6.2 Prazos e sanções para descumprimento.....	384
8.6.3 Estudos técnicos relevantes.....	384
8.7 Questões processuais.....	385
8.7.1 Da tutela de urgência.....	385
8.7.2 Das relações entre o pedido e a causa de pedir e o procedimento de mediação .....	386
8.7.3 Conteúdo mínimo, homologação e eficácia jurídica do acordo.....	390
8.8 Conteúdo do acordo, detalhamento das obrigações e relevância do quadro normativo...	392
8.9 Sanções jurídicas para o descumprimento das obrigações.....	393
8.9.1 Da possibilidade de controle do contingenciamento, de realocação de recursos orçamentários e de determinação de inclusão de verbas no orçamento do exercício seguinte .....	395
8.9.2 Da possibilidade de definição de metas a serem atingidas em diferentes momentos e de previsão de avaliação periódica da eficiência administrativa.....	398
8.9.3 Da possibilidade de determinação da busca de novas fontes de custeio e outras alterações legislativas.....	401
8.10 O pagamento dos honorários do mediador e dos estudos técnicos necessários durante o processo.....	404
8.11 As etapas do processo de mediação de conflitos coletivos.....	404
8.11.1 Análise do contexto e identificação dos grupos e entes públicos participantes.....	405
8.11.2 Planejamento do processo.....	406
8.11.3 Sessões de mediação.....	407
8.11.4 Realização de estudos técnicos.....	409
8.11.5 A necessidade de assegurar a representatividade de todos os participantes do processo.....	411
8.11.6 Redação do acordo .....	412
8.11.7 Da previsão de prazos, sanções e do monitoramento do cumprimento.....	412
8.11.8 Avaliação do processo.....	413
8.12 Propostas de alteração na legislação das ações coletivas.....	416

9 CONCLUSÕES.....	419
10 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	426
Apêndice I – Algumas experiências de mediação e conciliação já implantadas no Brasil.....	453
1.1 Experiências no âmbito do Poder Judiciário.....	453
1.1.1 Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.....	454
1.1.2 Tribunal de Justiça do Distrito Federal.....	457
1.1.3 Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso.....	458
1.1.4 Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.....	460
1.1.4.1 Projeto Justiça Cidadã.....	461
1.1.4.2 Projeto Mediação de Conflitos.....	462
1.1.5 Vara da Infância e Juventude de Joinville.....	463
1.1.6 Juizados Especiais Criminais de Curitiba.....	465
1.2 Experiências no âmbito da Defensoria Pública.....	466
1.2.1 Defensoria Pública do Estado do Ceará.....	467
1.2.2 Defensoria Pública do Estado do Pará.....	468
1.3 Experiências no âmbito do Poder Executivo.....	470
1.3.1 Secretaria de Estado de Defesa Social do Estado de Minas Gerais – Programa Mediação de Conflitos.....	471
1.3.2 Secretaria de Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo – Projeto Mediação Comunitária.....	472
1.3.3 Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).....	473
1.3.4 Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).....	475
1.3.5 Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS).....	477
1.4 Experiências no âmbito de Universidades.....	479
1.4.1 Universidade Federal de Santa Catarina – Escritório-Modelo de Assistência Judiciária.....	479
1.4.2 Universidade de Fortaleza (UNIFOR) – Núcleo de Prática Jurídica.....	480



1.5 Análise do relatório do Ministério da Justiça sobre entidades que atuam com programas de mediação no Brasil e sua comparação com a pesquisa de campo realizada, sob o prisma institucional.....	483
1.6 Análise de aspectos administrativos dos diferentes programas: dificuldades comuns e propostas de aprimoramento.....	488

Apêndice II – Experiências de mediação e conciliação de conflitos envolvendo o Poder Público nos Estados Unidos da América .....	492
2.1 Breve esboço histórico e apresentação das diferenças no quadro institucional.....	492
2.2 Mediação judicial.....	496
2.2.1 Judiciário estadual.....	498
2.2.1.1 Califórnia.....	498
2.2.1.2 Flórida.....	500
2.2.1.3 Texas.....	501
2.2.1.4 Maryland.....	502
2.2.2 Judiciário federal.....	504
2.3 Centros de mediação de conflitos envolvendo órgãos públicos em nível estadual.....	507
2.3.1 Ohio Commission on Dispute Resolution.....	507
2.3.2 Maryland Conflict Resolution Office (MACRO).....	508
2.4 Centros de resolução de conflitos envolvendo políticas públicas baseados em universidades.....	510
2.4.1 Center for Public Policies Dispute Resolution (University of Texas – campus Austin).....	511
2.4.2 Florida Conflict Resolution Consortium (Florida State University e University of Central Florida).....	513
2.4.3 Center for Collaborative Policy (California State University – campus Sacramento).....	515
2.4.4 Common Ground (University of California – campus Davis).....	516
2.4.5 Oregon Consensus (Portland State University).....	516
2.4.6 The William D. Ruckelshaus Center (Washington State University e University of Washington).....	518

2.4.7 Massachusetts Office of Dispute Resolution and Public Collaboration (University of Massachusetts).....	520
2.5 Órgãos públicos que mantêm programas de mediação na esfera administrativa.....	522
2.5.1 Órgãos federais.....	522
2.5.1.1 U.S. Attorney General's Office.....	523
2.5.1.2 Environmental Protection Agency (EPA).....	523
2.5.1.3 U.S. Institute for Environmental Conflict Resolution.....	525
2.5.1.4 Federal Energy Regulatory Commission.....	526
2.5.2 Órgãos estaduais.....	527
2.5.2.1 Texas – Departamento de Processos Administrativos (State Office of Administrative Hearings – SOAH).....	528
2.5.2.2 Flórida – Department of Environmental Protection.....	529
2.5.2.3 Califórnia – Departamento de Processos Administrativos (Office of Administrative Hearings).....	530
2.6 Programas ou enfoques no âmbito do Ministério Público/Advocacia Pública.....	531
2.6.1 Texas.....	532
2.6.2 Flórida.....	533
2.6.3 Oregon.....	534
2.6.4 Washington.....	535
2.7 Outros centros situados em universidades.....	537
2.7.1 Institute for Environmental Negotiation (University of Virginia).....	537
2.7.2 Center for Negotiation and Conflict Resolution (Rutgers, the State University of New Jersey – campus New Brunswick).....	539
2.8 Organizações não-governamentais.....	540
2.8.1 Entidades que atuam com mediação comunitária e/ou mediação judicial.....	540
2.8.1.1 Safe Horizon – Nova Iorque.....	540
2.8.1.2 Centro de Resolução de Disputas (Dispute Resolution Center) – Austin, Texas.....	542
2.8.1.3 Collins Center – Flórida.....	543
2.8.2 Entidades que atuam com processos decisórios colaborativos e/ou de democracia participativa.....	544
2.8.2.1 Consensus-Building Institute – Massachusetts.....	544
2.8.2.2 Community Focus – Califórnia.....	547

2.8.2.3 Institute for Local Government – Califórnia.....	548
2.9 Entidade profissional de mediadores de âmbito estadual.....	549
2.10 Entidade profissional de advogados de âmbito estadual.....	550
2.11 Ensino teórico e programa de estágio profissionalizante em mediação em Faculdade de Direito.....	551
2.12 Mediação de conflitos no local de trabalho.....	552
2.12.1 Departamento de Recursos Humanos da Universidade do Texas.....	552
2.12.2 Banco Mundial.....	553
2.12.3 Agência Federal de Emergências (Federal Emergency Management Agency – FEMA).....	554
2.12.4 Organização das Nações Unidas.....	555
2.12.5 Departamento de Processos Administrativos do Município de Nova Iorque.....	557
2.13 Análise geral sobre pontos comuns, oportunidades de aprimoramento e comparação com a situação brasileira.....	558
2.13.1 Programas de mediação na esfera judicial.....	558
2.13.2 Programas de mediação na esfera administrativa.....	562
2.13.3 Programas de facilitação de conflitos envolvendo políticas públicas.....	563
2.13.4 Programas de mediação de conflitos no local de trabalho.....	564
 Apêndice III – Questionários aplicados na pesquisa de campo nos EUA.....	 567
3.1 Questionário aplicado aos programas de mediação no âmbito do Poder Judiciário.....	567
3.2 Questionário aplicado aos programas de mediação no âmbito da Advocacia Pública/Ministério Público.....	569
3.3 Questionário aplicado aos programas de mediação no âmbito administrativo.....	570
3.4 Questionário aplicado aos programas de mediação de conflitos envolvendo políticas públicas.....	573
 Apêndice IV – Estudos de caso no direito americano.....	 576
4.1 Casos em que atuou o Center for Public Policies Dispute Resolution da Universidade do Texas (CPPDR).....	576

4.1.1 Desenvolvimento de empreendimentos imobiliários na região ambientalmente protegida de Barton Creek.....	577
4.1.2 Melhorias no sistema de saneamento em Austin e região.....	581
4.1.3 Revitalização da região leste de Austin.....	587
4.1.4 Regras para credenciamento de leitos incluídos no sistema de saúde pública por instituições de saúde.....	592
4.2 Casos relatados pela Policy Consensus Initiative.....	595
4.2.1 Moradias para crianças carentes no Estado de Washington.....	595
4.2.2 Elaboração de uma nova Lei Orgânica para o Município de Chelsea, em Massachussetts.....	596
4.2.3 Gestão de tratamento de esgoto e planejamento urbano em Utah.....	597
4.2.4 Dragagem de resíduos no rio Columbia, nos Estados de Oregon e Washington.....	598
4.3 Casos relatados pelo Consensus Building Institute (CBI).....	599
4.3.1 Projeto de Gestão Integrada do Abastecimento nos EUA.....	599
4.3.2 Aprimoramentos no processo de licenciamento de empreendimentos econômicos em Delaware.....	600
4.3.3 Descontaminação de uma região com resíduos tóxicos no Município de Stratford, Connecticut.....	601
4.4 Casos relatados pelo Collaborative Decisions Resources (CDR).....	602
4.4.1 Força-tarefa para desenvolver uma política de gestão de recursos hídricos em Nebraska.....	603
4.4.2 Mina de ouro Minera Yanacocha no Peru.....	604
4.5 Análise.....	606

## 1 - INTRODUÇÃO

Parece evidente para qualquer cidadão que a existência do Estado, este “ser” quase onipresente e quase onipotente que tanto interfere, positiva ou negativamente, em nossas vidas, somente faz sentido e se justifica na medida em que ele contribui para o atendimento de demandas coletivas, para a solução de problemas que permeiam a sociedade na qual ele se insere.

No desempenho de sua missão, porém, o Estado se vê envolvido em inúmeros conflitos com os cidadãos e entes a que ele reconhece existência jurídica. Estes conflitos, por vezes, surgem de forma excepcional (pois sempre há, entre os cidadãos, aqueles que querem apenas desfrutar das benesses, mas se recusam a assumir as responsabilidades de viver em coletividade e sempre há, no seio do Estado, agentes que atuam de má fé ou eventualmente de forma equivocada), outras vezes surgem de forma sistemática (porque existe uma crônica ineficiência administrativa ou má formulação congênita numa política pública, fazendo com que o Estado atue de forma injusta ou ineficaz – ou ambas).

Esta pesquisa tem como norte contribuir na construção de instrumentos mais eficientes para deslindar todos estes tipos de conflito, sejam os que inundam o Poder Judiciário (o Poder Público, como se sabe, é de longe o maior litigante na esfera judicial), sejam os que se amontoam em processos administrativos que também parecem não ter fim ou que chegam a um desfecho que inevitavelmente vai ser questionado em juízo, porque incapaz de convencer o particular da sua licitude. Estes conflitos podem se manifestar na esfera administrativa ou chegar ao Judiciário de forma atomizada, mas, quase sempre, existe por trás deles uma decisão (ou uma falta de decisão) viciada, capaz de atingir grande número de pessoas na mesma situação. Daí a imensa necessidade de desenvolver instrumentos eficientes que sejam aptos a atacar as causas destes conflitos e resolvê-los de forma sustentável e definitiva.

O crescente fenômeno da judicialização de conflitos que envolvem políticas públicas atinentes à concretização de direitos fundamentais é a mais evidente manifestação desta necessidade, pois o tema em questão insere-se na problemática do acesso à justiça no que diz respeito à tutela dos direitos fundamentais.

Segundo o IBGE, 9,7% dos brasileiros acima de 15 anos são analfabetos, sendo que 42,2% dos analfabetos vive na região Nordeste e o índice de analfabetismo é de 13,35% entre pretos e pardos e 5,9% entre brancos <sup>1</sup>. O número médio de anos de estudo dos brasileiros com mais de 15 anos de idade é de apenas 7,5 anos, ou seja, é possível afirmar que, em média, nossa população sequer concluiu o ensino fundamental.

De outra parte, em 2009, somente 62,6% dos domicílios dispunham de saneamento, sendo essa taxa de 41,7% entre domicílios com rendimento médio de até meio salário mínimo *per capita* e 77,5% entre domicílios com rendimento médio superior a dois salários mínimos *per capita*.

Ainda consoante dados do IBGE, em 2009, “as mulheres com 12 anos ou mais de estudo recebiam, em média, 58% do rendimento dos homens com esse mesmo nível de instrução. Nas outras faixas de escolaridade, a razão era um pouco mais alta (61%). Entre 1999 e 2009, as disparidades pouco se reduziram.”

Os números evidenciam a ausência de universalização de direitos básicos que a Constituição vigente, há 22 anos, prometeu aos cidadãos brasileiros: saúde e educação **básicas** não estão garantidas a milhões de brasileiros, sendo que a desigualdade racial e o desrespeito aos direitos da mulher, da infância e de outros grupos fragilizados continuam flagrantemente. E o mesmo seria possível dizer de moradia, emprego, transporte, lazer e diversos outros direitos básicos a eles relacionados.

De outra parte, dados do Ministério da Saúde demonstram que os gastos com aquisição de medicamentos em razão de ordens judiciais aumentou 1920% de 2005 a 2008. Segundo o Ministério, em 60% das ações os autores poderiam ser tratados com medicamentos que o SUS oferece, mas pediam outros de que o SUS não dispõe, por oferecerem baixo ganho terapêutico e um custo muito mais alto <sup>2</sup>. Há quem diga que tais ações aprofundam a desigualdade na distribuição, pois quem acode ao Judiciário não são os mais carentes e, em razão destas decisões, o Executivo se veria forçado a deixar de atender programas de saúde muito mais importantes, algumas vezes inclusive para financiar medicamentos e tratamentos

---

<sup>1</sup> Dados de 2009. Fonte: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em 28.9.2010.

<sup>2</sup> Os dados referidos constam do sítio: <http://www.advsauade.com.br/noticias.php?local=1&nid=1629>. Acesso em 23.8.2008.

de eficácia duvidosa <sup>3</sup>. O tratamento atomizado destas questões, utilizando-se dos mecanismos processuais tradicionais, ao que parece, em nada tem contribuído para um aperfeiçoamento nas políticas públicas de saúde – e o problema não é exclusivo da área de saúde.

A solução que se propõe para esse tipo de conflito e todos os demais que envolvem o Poder Público, já que este existe para servir aos seus cidadãos, não poderia ser outra que não uma solução pautada pelo princípio da eficiência, compreendido este em sua mais ampla dimensão, ou seja, busca do melhor resultado, de forma mais econômica (em menos tempo e com menos recursos). Daí a propositura da utilização de meios consensuais ou colaborativos de solução de controvérsias.

É bom ressaltar que temas relacionados à hipótese central desta pesquisa são objeto de, pelo menos, três projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional: o projeto sobre institucionalização da mediação; o projeto sobre regulamentação das profissões de mediador e árbitro; e o projeto de novo Código de Processo Civil. Relacionam-se também ao anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo, que havia sido convertido em projeto de lei em 2009, mas foi rejeitado em maio de 2010, o que não afasta a necessidade de atualização da legislação da ação civil pública e outras ações coletivas.

Cabe também deixar clara, assim, a abrangência do problema e as hipóteses de solução que nortearam a pesquisa. Os problemas que se buscou enfrentar podem ser assim sintetizados:

- a) obstáculos normativos e institucionais para a utilização de meios consensuais de solução de conflitos envolvendo o Poder Público;
- b) ausência de universalização dos direitos fundamentais que dependem da atuação do Estado, gerando um grau elevadíssimo de conflituosidade, de um lado;

---

<sup>3</sup> É o que afirma, por exemplo, Raquel Melo Urbano de Carvalho: “ao ser compelido, por decisão judicial, a arcar com despesas que exorbitam seu âmbito regular de atuação em matéria de saúde, o Estado tem, inadequadamente, de destinar parte dos recursos, já escassos, para atendimento específico das ações intentadas, em detrimento de outros tantos cidadãos que necessitam de atendimentos, procedimentos, exames e medicamentos cuja efetivação e/ou prestação compete ao Estado, além de todas as medidas preventivas e de promoção da saúde física e psíquica.

O problema se torna mais controverso quando sentenças liminares têm permitido que alguns pacientes realizem tratamentos ainda não validados pela comunidade científica.” (2008, p. 334).

c) ausência de instrumentos jurídicos adequados a lidar com a complexidade desse tipo de situação, tornando imperiosa a necessidade de construção de tais mecanismos, de outro.

Dentre os conflitos em que se pode ver envolvido o Poder Público, os conflitos envolvendo a efetividade dos direitos fundamentais em seu aspecto positivo, ou seja, aquele aspecto que depende de atuação do Estado para sua garantia e proteção, seja em face da violação por terceiros, seja mediante a adoção de políticas públicas aptas a concretizá-los, envolvem o maior grau de complexidade, colocando-se, sem dúvida, entre alguns dos mais importantes desafios para os juristas contemporâneos.

As premissas envolvidas na solução do problema abordado na pesquisa assim se desdobram:

- a) todos os entes públicos, ao se verem envolvidos em conflitos no desempenho de suas funções, deveriam verificar, de plano, a possibilidade de se buscar uma solução adequada de forma consensual com os envolvidos, já que este caminho é, ao mesmo tempo, o mais eficiente e o mais democrático;
- b) a solução ideal para incrementar a garantia e respeito aos direitos fundamentais que dependem de políticas públicas reside, em realidade, no aperfeiçoamento dos meios de controle e de participação da população envolvida nos mecanismos decisórios do Estado encarregados da formulação e execução de tais políticas, quais sejam, o Poder Legislativo e o Poder Executivo;
- c) caso, todavia, os Poderes Executivo e Legislativo se omitam ou incorram em práticas arbitrárias na formulação e/ou execução de políticas públicas aptas à concretização de direitos fundamentais, estas violações, por ação ou omissão do Poder Público, podem ser levadas à apreciação do Poder Judiciário;
- d) de outra parte, quando a violação de direitos fundamentais emana de um particular, o assunto pode ser levado à apreciação dos órgãos do Poder Executivo encarregados da sua regulamentação e fiscalização (agências reguladoras), o que é bastante comum quando se trata da delegação de serviços públicos;
- e) tais conflitos, normalmente, envolvem uma ampla gama de titulares do(s) mesmo(s) direito(s).



A hipótese que norteou a pesquisa constitui-se, portanto, na seguinte proposta de solução do problema:

- a) para a utilização eficaz de meios consensuais pelo Poder Público na esfera administrativa, faz-se necessário o aperfeiçoamento do quadro normativo e institucional, a fim de fornecer parâmetros claros e a necessária capacitação dos agentes envolvidos;
- b) todos os direitos fundamentais são justiciáveis, sendo cabível verificar quais limites devem existir na atuação do Poder Judiciário quando o conflito envolver a elaboração e/ou implementação de políticas públicas que os concretizem;
- c) sempre que se verificar a existência de conflitos coletivos ou repetitivos, tais conflitos não devem ser tratados, seja pelas agências reguladoras, seja pelo Judiciário, por meio de processos administrativos ou judiciais individuais, e sim por meio de processos coletivos, de maneira que: 1- na esfera do Poder Executivo, quando forem apresentadas reclamações individuais, a fiscalização deverá, de ofício, apurar todas as situações de violação semelhante por parte do ente privado denunciado e, inclusive, verificar se outros entes que atuam na mesma área porventura estão cometendo o mesmo ilícito e, comprovada a materialidade do fato, instaurar o processo administrativo coletivo; 2- na esfera do Poder Judiciário, quando ajuizadas ações individuais, estas devem ser, de ofício, convertidas em ações coletivas, convocando-se o Ministério Público para o polo ativo da ação, sendo que todas as ações individuais que forem posteriormente ajuizadas deverão ser extintas por litispendência, comunicando-se ao autor da ação a existência da ação coletiva, onde serão apreciados inclusive pedidos de antecipação de tutela;
- d) os meios tradicionais de solução jurisdicional de controvérsias não se revelam os mais aptos a resolver este tipo de conflito – que pode envolver decisões acerca de prioridades no dispêndio de verbas públicas, bem como diversas opções de ordem técnico-política quanto ao modo de sua aplicação – razão pela qual afirma-se que a mediação é o método de resolução de conflitos mais apropriado para solucioná-los, desde que sejam devidamente chamados ao processo de negociação intermediada representantes de todos os setores envolvidos, a fim de buscar a melhor solução

consensual, a qual, após homologada, será irrecorrível, porém passível de revisão por consenso mútuo;

e) no caso dos conflitos que envolvem a potencial violação de direitos fundamentais por parte de ente privado sujeito à fiscalização do Poder Público, os órgãos fiscalizadores deverão manter em seus quadros (ou contratar para esta tarefa, quando ainda não houver servidores disponíveis) pessoas capacitadas em mediação, que deverão aplicar as técnicas pertinentes nos processos administrativos coletivos, tendo poderes também de ordenar aos entes privados envolvidos que apresentem todos os documentos e informações que sejam julgados necessários para a solução do problema, sob pena de se reputarem verdadeiras as alegações verossímeis dos cidadãos-reclamantes;

f) ao se utilizar a mediação, não há limitação ao pedido específico formulado nestas ações, pois a solução emergirá naturalmente quando esclarecidos os fatos controvertidos e verificados os meios disponíveis para a solução do problema durante o processo, não se limitando ao pedido formulado no momento da instauração do conflito e sendo possível instaurar um grau de proteção de direitos que vá além do quadro normativo;

f) os acordos formulados poderão propor alterações legislativas, em especial na legislação orçamentária, bem como medidas administrativas, em especial diagnóstico da dimensão objetiva (questões de eficiência e de alocação suficiente de recursos e pessoal qualificado) e subjetiva (número de pessoas afetadas) do problema e elaboração de plano de ação para sua resolução, todas elas no curto, médio e longo prazos, bem como deverão prever prazos e pessoas encarregadas do monitoramento de seu cumprimento, além de, evidentemente, sanções que tornem mais oneroso para o ente que poderia cometer algum ato ilícito (por ação ou omissão) o seu descumprimento que o seu cumprimento, sempre atingindo diretamente as pessoas ocupantes dos cargos responsáveis pela adoção das medidas necessárias.

Assim, antes de adentrar na mediação de conflitos coletivos propriamente dita, que se desenvolve no último capítulo da tese, os primeiros capítulos iniciais (II e III) buscam esclarecer premissas teóricas e delimitar o funcionamento da mediação, ao passo que os capítulos centrais (IV, V e VI) exploram de forma que se pode designar de horizontal (sem

aprofundar o tema em todas as suas dimensões) os diferentes espaços em que é possível utilizar meios consensuais <sup>4</sup> para solução de conflitos envolvendo entes públicos, propondo para tal fim as necessárias alterações no quadro normativo e institucional. Já o capítulo VII aborda os diversos debates jurídicos concernentes à efetividade dos direitos fundamentais. Passo a detalhar um pouco mais cada um destes momentos.

Num primeiro momento (primeiro capítulo da tese), buscarei deixar claro qual é a perspectiva que adoto sobre a produção de conhecimento jurídico, elucidando porque julgo despidiende qualquer visão reducionista do problema objeto da pesquisa, de modo que pretendo realizar um enfrentamento global do mesmo, a partir do inevitável reconhecimento da complexidade e interdependência de fatores sociais, econômicos, históricos, políticos e institucionais que envolvem o tema. Buscar-se-á demonstrar como as propostas centrais desta tese amoldam-se ao novo paradigma científico que vem se desenvolvendo na pós-modernidade, à luz de diversas teorias surgidas neste período. Será demonstrada ainda a relevância da construção de instrumentos que enfrentem os diversos obstáculos para a garantia do acesso à justiça, notadamente em matéria de proteção de direitos fundamentais, apontando-se, inclusive, a correlação entre a existência (ou não) de um sistema jurisdicional eficiente e o desenvolvimento em sentido amplo de um país.

No segundo capítulo, abordarei o problema teórico da doutrina constitucional, que se reflete na atuação prática do Poder Público, atinente à eficácia jurídica dos direitos fundamentais: até que ponto eles vinculam ou não os poderes constituídos e em que medida é possível obrigá-los a atuar em caso de inércia ou coibir abusos na sua atuação quando esta incorra em violação a algum deles. Será tratada aí a questão dos limites e possibilidades do controle jurisdicional de políticas públicas, esclarecendo os critérios que deverão nortear a atuação do Poder Judiciário nesta seara. Também será examinado o eventual cabimento da responsabilização do Estado por omissão inconstitucional sempre que se revelar inviável a tutela específica do direito fundamental

No terceiro capítulo, será apresentada a mediação enquanto método de solução de controvérsias, detalhando seu conceito, sua abrangência, os tipos de conflitos a que se aplica, as diferentes abordagens de mediação, sua distinção da conciliação, bem assim sua distinção

---

<sup>4</sup> A expressão “meios consensuais” abrange todos os instrumentos ou métodos pelos quais se pode obter uma solução consensual para um conflito, ou seja, desde a negociação direta até a mediação, passando também pela conciliação, que tem em comum com a mediação a utilização de um terceiro auxiliar das partes com este objetivo.

de outros mecanismos “alternativos” de resolução de conflitos. Serão também explicadas as exigências éticas e técnicas relativas à função de mediador, analisando sua pertinência e adequação aos conflitos que envolvem o Poder Público.

Do quarto ao sexto capítulos, serão abordadas as diversas espécies de conflitos que envolvem o Poder Público e nos quais se pode utilizar a conciliação ou mediação, identificando-se as previsões normativas já existentes, seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial, bem como apontando as necessidades de aprimoramento no âmbito legislativo e institucional. São aí abordados desde os conflitos surgidos no ambiente de trabalho, passando pelos conflitos decorrentes do poder sancionador (seja na relação com particulares, seja no processo disciplinar), bem assim os conflitos decorrentes das reclamações e pleitos de particulares, das reivindicações de servidores públicos, da arrecadação tributária, da elaboração de regulamentos administrativos e, ainda, de eventuais colisões na atuação de diferentes entes públicos.

No sétimo e último capítulo, por fim, serão enfrentadas as diversas questões operacionais a serem resolvidas para que ocorra a adequada institucionalização da mediação de conflitos coletivos, ou seja, aqueles atinentes a políticas públicas, desde as questões da obrigatoriedade (ou não), da confidencialidade (ou não), os métodos para obtenção de informações, quais são os entes que devem participar da mediação, qual o conteúdo do acordo e sanções para o seu descumprimento, bem como outras questões processuais que necessitariam ser adaptadas em caso de adoção deste método consensual de resolução de litígios. Será abordada ainda a metodologia a ser empregada na mediação de conflitos coletivos que envolvem o Poder Público. Ao final, propõem-se as alterações na legislação das ações coletivas necessárias para viabilizar a utilização de tais métodos no Brasil, observadas as devidas adaptações decorrentes da principiologia de nosso sistema jurídico.

Nos apêndices, são apresentados os resultados de pesquisa empírica sobre a utilização da mediação e conciliação de conflitos no Brasil, seja na esfera judicial, seja na esfera administrativa, bem como sobre o funcionamento da mediação nos EUA (Estados Unidos da América), a qual buscará os elementos de sucesso (ou não) da institucionalização da mediação/conciliação naquele país, em especial no que diz respeito aos conflitos que envolvem entes públicos. Apresentam-se, ainda, estudos de casos onde se descreve experiências com a utilização de tais métodos no direito americano. O país escolhido para

realizar a pesquisa de campo foi os EUA pelo fato de este país, sendo o primeiro no qual se desenvolveram modernamente os meios alternativos de solução de controvérsias (aí compreendidas a mediação e a arbitragem), sempre foi também, no mundo ocidental, um dos mais desenvolvidos no que toca a meios consensuais de resolução de conflitos (aí compreendidas, ao lado da mediação, a negociação e a conciliação), foi também o primeiro e ainda é de longe aquele onde mais se utilizam tais métodos na esfera pública. A par da pesquisa empírica realizada, as fontes teóricas ali encontradas foram de uma riqueza e diversidade sem similar. Optou-se por traduzir os textos originais, quando citados, a fim de facilitar a leitura. O mesmo foi feito com relação a originais em italiano, deixando-se, porém, de realizar a tradução dos textos em espanhol por força de sua similaridade com o português. A realização da pesquisa no direito estrangeiro, porém, buscou ter o cuidado de contextualizar os conhecimentos e práticas observados alhures no sistema jurídico-político em que estes se inserem.

Com relação à bibliografia utilizada, esclareço que o critério para a seleção de autores foi sempre o temático, isto é, utilizando-se o(s) autor(es) que já trata do tema ou, quando há vários, aquele que explore o tema de forma que reputei suficientemente abrangente e clara. Não houve pretensão de esgotar a bibliografia sobre o tema, tendo em vista a extensão do trabalho e a multiplicidade de fontes disponíveis, notadamente nos EUA.

## II – O PARADIGMA DA PESQUISA

Neste capítulo, busca-se explicitar os principais pressupostos teóricos, num plano filosófico e epistemológico, que subjazem às proposições centrais desta tese.

### 2.1 Complexidade e interdependência como categorias-chave <sup>5</sup>

O físico Fritjof Capra e o teólogo Leonardo Boff, em diversas de suas obras, falam da necessidade da emergência de um novo paradigma na comunidade científica, o qual seja adequado à solução de problemas que apresentam alto grau de complexidade, pois, de um lado, é múltipla a rede de fatores que neles converge, e, de outro, estes problemas e fatores se inter-relacionam com outros que tampouco podem ser ignorados, já que a “solução” de um problema numa área preferencialmente não deverá ter impactos negativos em outras áreas ou, ao menos, estes deverão ser muito menores que os positivos.

São, assim, categorias essenciais do novo paradigma as noções de **complexidade**, **interdependência** e **historicidade**, pois, como bem observa Leonardo Boff, “nada pode ser compreendido sem uma referência à sua história relacional e ao seu percurso temporal” (1995, p. 78). Para Boff, a

[...] ciência clássica se orientava pelo paradigma da redução e da simplificação. Antes de mais nada, arrancava-se o fenômeno de seu ecossistema para analisá-lo em si mesmo. Excluía-se tudo o que fosse meramente conjuntural, temporal e ligado a contingências passageiras. [...] As imponderabilidades e as situações de não-equilíbrio dinâmico são desconsideradas. (1995, p. 62-63).

O pensamento do economista Amartya Sen, por seu turno, também é calcado na noção de interdependência. Sen encara o desenvolvimento como consequência da liberdade: o “desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente” (2005, p. 10). Para chegar ao maior grau de liberdade possível, ele salienta que é necessário criar condições políticas, econômicas e sociais integradas, com a participação de todos os

---

<sup>5</sup> Os itens 2.1 a 2.4 deste capítulo integraram parte do trabalho de minha autoria “Mudança de paradigmas e a prática jurídica contemporânea”, publicado originalmente na Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, tendo sido atualizados e complementados para inclusão neste capítulo.

interessados, já que os diferentes aspectos da liberdade (política, econômica, social, individual) são interdependentes.

É interessante mencionar, neste passo, a lição do filósofo Edgar Morin, que esclarece: “a psicologia cognitiva demonstra que o conhecimento progride menos pela sofisticação, formalização e abstração dos conhecimentos particulares do que, sobretudo, pela aptidão a **integrar** esses conhecimentos em seu contexto global.” (2005, p. 24 – grifei).

Também merece referência o pensamento de Paulo Roney Ávila Fagundez, que traça um paralelo inédito entre direito e taoísmo, propondo que aquele busque neste um mecanismo apto a resolver conflitos sob um novo paradigma. Para se aferir a validade desta proposta, é preciso buscar nas lições deste autor em que consiste a essência do pensamento taoísta, que pode ser sintetizada num determinado princípio:

O Princípio Único Universal consiste num mecanismo de leitura e compreensão da realidade. É absoluto na sua relatividade. É relativo quando absoluto. Vê a vida como um todo, a partir da constatação da presença, em todos os elementos, de duas forças que agem, yin-yang, e que, ao mesmo tempo, são antagônicas e complementares. (2005, p. 260).

Para Paulo Roney, “O paradigma tradicional é conservador e está essencialmente preso ao passado. O novo paradigma é revolucionário, buscando uma compreensão global e dinâmica dos fenômenos naturais.” (2005, p. 395). Descreve ele a visão dominante e demonstra a sua insuficiência para a autêntica solução dos problemas humanos:

O que o jurista estuda sobre a natureza dos conflitos? O juiz consegue resolver os conflitos mediante a aplicação da lei no caso concreto? O juiz não acirra o conflito quando, ao aplicar a lei, dá razão a uma das partes? [...] O jurista do futuro deverá ter a consciência de que será um gestor de conflitos. A vida é um conflito permanente. Por que há a violência? Porque não se enxerga o outro ou o considera como alguém afastado da vida. (2005, p. 393).

“O Taoísmo – sustenta Roney – está em sintonia com as novas descobertas científicas, especialmente no campo da Física Quântica, que foram de encontro às verdades científicas estabelecidas pela Física Mecânica.” (2005, p. 457). Em síntese, a filosofia taoísta, “pode contribuir para o surgimento de um novo Direito eticamente comprometido com a vida e conectado aos demais saberes.” (2005, p. 457).

A partir desta visão holística é que julgo necessário, para poder confirmar a validade da hipótese central desta pesquisa, verificar quais as diferentes visões de mediação, os diversos fatores que podem influenciar no funcionamento dela ou de outros meios

consensuais de solução de conflitos, quais as peculiaridades dos conflitos envolvendo entes públicos, notadamente aqueles que se referem a políticas públicas de concretização de direitos fundamentais. Nenhum instrumento é eficaz por si mesmo, sendo que, se não for adequadamente manejado, pode ter sua finalidade totalmente desvirtuada. Sem a visão dos principais aspectos envolvidos na aplicação da mediação de conflitos envolvendo entes públicos (o que incluiu a realização de pesquisa de campo sobre os programas que a utilizam no que se refere a estes entes), seria impossível chegar a uma conclusão sobre a validade de nossa hipótese.

## 2.2 Contribuições do paradigma holístico-ecológico

Leonardo Boff pode ser reconhecido como um dos expoentes, no Brasil, do paradigma holístico-ecológico, que tem como premissas as categorias acima elucidadas.

No novo paradigma de que fala Boff, reconhece-se que é preciso distinguir sem separar, pois todos os seres possuem tão-somente uma **autonomia relativa**, num contexto de mútua implicação e interconexão.

Para ele, faz-se necessária uma nova lógica, que esteja à altura da complexidade do real. Não serve para o novo paradigma a clássica **lógica da identidade**, linear e estática, que tende a enquadrar todo o desconhecido em categorias prontas e estanques. Nem é suficiente a **lógica da diferença**, que reconhece a existência e a autonomia da alteridade, e é pressuposto para qualquer diálogo pessoal e intercultural. Tampouco o é a **lógica dialética**, que confronta identidade e diferença para propor uma síntese aberta a novos confrontos e inclusões, pois, mais “que ver as oposições, como na lógica dialética, importa ver as complementariedades/reciprocidades, no sentido da formação de campos de relações cada vez mais dinâmicos, complexos e unificados” (1995, p. 61), como na **lógica da complementariedade/reciprocidade**.

O novo paradigma demanda uma **lógica dialógica ou pericorética**, pela qual “se procura o diálogo em todas as direções e em todos os momentos. Por isso, supõe a atitude o mais inclusiva possível e a menos produtora de vítimas. A lógica do universo é dialógica: tudo interage com tudo em todos os pontos e em todas as circunstâncias.” (1995, p. 62).



Dentro do paradigma no qual se insere o quadro teórico que se descreveu brevemente, é possível verificar que a lógica que preside a utilização de meios consensuais para solução de controvérsias por entes públicos, ao privilegiar a construção e manutenção de um relacionamento pacífico e produtivo entre Poder Público e seus cidadãos, demonstra-se, sem sombra de dúvidas, mais apropriada que a lógica formal e baseada no uso da força que preside os meios tradicionais de solução de conflitos.

## **2.3 Contribuições da física quântica**

Fritjof Capra, um dos expoentes da física quântica, em seus diálogos com os teólogos David Steindl-Rast e Thomas Matus, também delineou os caracteres principais do processo de mudança de paradigmas atravessado pela ciência.

Estes critérios são descritos a seguir, na esteira do pensamento daquele autor.

### **2.3.1 Mudança das partes para o todo**

Enquanto no antigo paradigma “acreditava-se que, em qualquer sistema complexo, a dinâmica do todo poderia ser entendida a partir das propriedades das partes”, no novo paradigma, percebe-se que “não há partes, em absoluto. Aquilo que chamamos de parte não passa de um padrão numa teia inseparável de relações.” (1991, p. 83).

Na realidade, não existem propriedades intrínsecas das partes e estas somente podem ser entendidas a partir da dinâmica do todo, pois todas as propriedades fluem de suas relações com este.

### **2.3.2 Mudança de estrutura para processo**

Uma outra crença essencial do antigo paradigma que é abalada pelo novo pensamento é a de que haveria, dentro de um sistema, estruturas fundamentais, acompanhadas de forças por meio das quais estas interagem, dando início a processos. “No novo paradigma, cada estrutura é vista como a manifestação de um processo subjacente. Toda a teia de relações é intrinsecamente dinâmica.” (1991, p. 83).

### **2.3.3 Mudança de ciência objetiva para ciência epistêmica**

No velho paradigma, acreditava-se na possibilidade de descrições científicas objetivas, vale dizer, independentes do observador e do processo de conhecimento.

No novo paradigma, acredita-se que a epistemologia, enquanto entendimento do processo de conhecimento, deve ser necessariamente incluída na descrição dos fenômenos científicos.

### **2.3.4 Mudança de construção para rede como metáfora do conhecimento**

No antigo paradigma, acreditava-se que o processo de conhecimento se dava mediante sucessivas acumulações edificadas sobre os firmes alicerces de alguma teoria fundamental. No novo paradigma, constata-se que, na realidade, não há hierarquia entre os conhecimentos científicos, que são todos interdependentes e se encontram conectados tal qual numa rede.

### **2.3.5 Mudança de descrições verdadeiras para descrições aproximadas**

Intimamente ligada à característica anterior está o reconhecimento de que todas as afirmações científicas são limitadas e aproximadas, o que “significa que você está levando em consideração algumas das interconexões, mas não todas. Você faz processos incluindo cada vez mais coisas, mas nunca obterá o quadro completo.” (1991, p. 133).

No mesmo sentido o pensamento de Edgar Morin, para quem é necessário instaurar um “pensamento do complexo”:

Trata-se de procurar sempre as relações e inter-retro-ações entre cada fenômeno e seu contexto, as relações de reciprocidade todo/partes: como uma modificação local repercute sobre o todo e como uma modificação do todo repercute sobre as partes. Trata-se, ao mesmo tempo, de reconhecer a unidade dentro do diverso, o diverso dentro da unidade. (2005, p. 25).

É interessante perceber que este tipo de visão já estava presente em Karl Popper, em seus escritos da década de 30, como se vê de um de seus trabalhos traduzidos para o português bem mais recentemente. Após sustentar que o conceito de verdade é fundamental para o trabalho científico, Popper apresenta o conceito de “aproximação da verdade”:

Embora cada enunciado seja simplesmente verdadeiro ou falso, um enunciado pode representar uma melhor aproximação da verdade do que um outro enunciado. Isto acontecerá se, por exemplo, um enunciado tiver conseqüências lógicas “mais” verdadeiras e “menos” falsas do que outro (Está pressuposto aqui que os subconjuntos verdadeiros e falsos do conjunto de conseqüências de dois enunciados são comparáveis). (1978, p. 29-30).

Também aqui, numa lógica que privilegia o dinamismo das relações, verifica-se que os meios consensuais de solução de controvérsias são os mais adequados, já que a lógica adversarial que predomina nos métodos tradicionais sempre encarou o conflito de forma estática, jamais avaliando qual o impacto que a solução formalmente aplicada teria no relacionamento futuro das partes.

## 2.4 Contribuições da teoria do agir comunicativo de Habermas

Por último, vale referir que também desfruta de inegável importância, sendo muitas vezes considerada como ponto de partida para o estudo da mediação, a teoria do agir comunicativo, de Habermas, a qual tem como fundamento a **comunicação intersubjetiva**, pelo que se sustenta tratar-se de uma nova racionalidade. De fato, como afirma Celso Ludwig, o “enfoque fundamental consiste não na auto-compreensão do sujeito como fundamento ou atividade, mas na intersubjetividade, constituída de sujeitos capazes de linguagem e ação” (1993, p. 55).

Embora pense ainda que “o tema central da filosofia é pensar a razão”, segundo Ludwig, para Habermas, “a razão instaura-se através da linguagem, ou seja, na comunicação lingüística, objetivando o entendimento e o consenso. Eis a razão comunicativa ou agir comunicativo.” (1993, p. 56). Não se tem mais uma razão monológica, mas necessariamente dialógica.

A teoria do agir comunicativo sustenta-se num “consenso prévio” (condições ideais de fala), que torna possível a comunicação, e busca um “consenso prático” como resultado desta. Parte-se, assim, de um viés essencialmente dialético, de que o ideal também constitui o real e, se tomado como ponto de partida, estes poderão se identificar.

Como se verá no próximo capítulo, este fenômeno é exatamente o que ocorre na mediação bem conduzida, já que esta pressupõe que todas as informações pertinentes sejam

trazidas à mesa e que, a partir de um debate instaurado com base na confiança mútua, a solução para o problema será encontrada.

## 2.5 Contribuições da filosofia da libertação

A filosofia da libertação, formulada por Enríque Dussel, propõe, em síntese, a substituição da categoria de totalidade pela de exterioridade (ou alteridade) e do método dialético pelo método analético.

O conceito de totalidade, como se sabe, é fundamental para o pensamento dialético:

Para trabalhar dialeticamente com o conceito de totalidade, é muito importante sabermos qual o nível de totalização exigido pelo conjunto de problemas com que estamos nos defrontando; [...] a totalidade é apenas um *momento* de um processo de totalização (que, conforme já advertimos, nunca alcança uma etapa definitiva e acabada). Afinal, a dialética – maneira de pensar elaborada em função da necessidade de reconhecermos a constante emergência do *novo* na realidade humana – negar-se-ia a si mesma caso cristalizasse ou coagulasse suas sínteses, recusando-se a revê-las, mesmo em face de situações modificadas.<sup>16</sup>

Na realidade, o que Dussel chama de totalidade poderia ser com mais precisão designado de “centralidade”. Dussel chama a atenção para o fato de que **a real totalidade não se resume à centralidade**, isto é, aos centros de emanção de poder, aos **sujeitos de dominação**, mas abrange os **objetos dominados**, excluídos das decisões. Isto porque o poder desigual daqueles **se funda** na situação de sujeição destes. Ou seja, a centralidade é tão determinada pela exterioridade quanto esta é por ela. Ambas são determinantes/determinadas, mas, enquanto a exterioridade é determinante do poder da centralidade, esta é determinante da opressão daquela.

A pretensão da filosofia da libertação parece ser a de uma mudança de enfoque, de prioridade: deseja-se privilegiar a exterioridade, pelo fato de esta ser dominada, ao invés da “totalidade” (centralidade), dominante e, justamente por isso, historicamente privilegiada.

Em suma, parece-nos possível concluir que o “paradigma” da alteridade/exterioridade significa, em síntese a **inclusão do Outro na “totalidade”**, isto é, a descentralização do poder. E o denominado método analético, que parte da exterioridade, não passa de uma nova

designação para o método dialético, se se admitir, como afirmado, que Dussel objetiva o reconhecimento de que a totalidade é abrangente desta. Só não seria assim se se entendesse que a filosofia da libertação se esgota na exterioridade, excluindo dos seus horizontes, como a filosofia etnocêntrica tradicional faz em relação a esta, a centralidade – o que não parece ser o caso, pois a tornaria tão autoritária e unilateral quanto aquela.

A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos envolvendo entes públicos pode ser encarada como uma inclusão do “outro”, do cidadão, o “dominado”, aquele que é tradicionalmente visto como objeto, mas não como sujeito das decisões estatais, no processo decisório público. Através do emprego de tais métodos, o Estado despe-se de seu império e passa a dialogar com aquele(s) que ele está habituado a simplesmente submeter às suas ordens, de modo que é possível visualizar aí uma inegável similaridade com os pressupostos da filosofia da libertação.

## **2.6 Contribuições do pensamento político democrático**

A meu ver, o simples fato de ter o conflito que envolve uma política pública se deslocado para a esfera judicial não impede que seja buscada para ele uma solução calcada no diálogo democrático. A complexidade do problema não se reduz por estar ele sendo discutido numa ação judicial e o fato de os envolvidos, muitas vezes, apresentarem posições mais acirradas do que aquelas que teriam na esfera do Poder Executivo ou do Poder Legislativo torna ainda mais necessária a intervenção de um mediador para tornar o diálogo produtivo <sup>6</sup>.

A importância de garantir um espaço democrático e inclusivo para a busca de solução de problemas coletivos, comumente chamada de democracia participativa, é amplamente defendida na doutrina nacional e estrangeira. Para além da democracia representativa, onde impera o aspecto formal de democracia, a partir de decisões tomadas simplesmente por maioria, é cada vez maior a defesa de instauração de uma democracia substancial, em que os diretamente interessados possam participar mais ativamente na tomada de decisões que lhes afetam.

---

<sup>6</sup> O texto deste item constou originalmente de um dos itens de trabalho apresentado ao XVI Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Belo Horizonte, em 2007, com o título “Tecnologia, participação social e acesso à justiça”. Ele foi devidamente atualizado, adaptado e complementado para integrar este capítulo.

Dentro desta visão também se insere o pensamento de Amartya Sen, que, na mesma obra supra referida, em que formulou uma concepção ampliada de “desenvolvimento” (que não se restringe ao aspecto meramente econômico), sustenta que as pessoas não devem ser vistas como meras beneficiárias do desenvolvimento, mas como seus agentes <sup>7</sup>, sendo imprescindível, portanto, a sua inclusão no processo de deliberação de políticas públicas.

A concepção de Estado Democrático que prevalece na contemporaneidade é claramente uma dimensão reduzida de um conceito material de democracia. Como anota Sara da Nova Quadros Côrtes, em realidade, a democracia liberal se caracteriza pela “supervalorização dos mecanismos de representação sem que precisassem ser combinados com mecanismos de participação” (2003, p. 213). Parafraseando Boaventura de Sousa Santos, afirma ela que “É fundamental o incremento do procedimentalismo participativo como prática social e não como método de constituição de governo” (2003, p. 214).

Em suma, gestão democrática não se reduz à mera possibilidade de eleger aqueles que vão tomar decisões, mas exige também a possibilidade de participar desse processo de tomada de decisões, bem assim de fiscalizar a sua implementação.

Para o constitucionalista Paulo Bonavides, a democracia participativa é, na realidade, a única forma de salvar da “falência” o nosso regime democrático-representativo:

As formas representativas, por obra da depravação que ora mina o sistema governativo vigente, tanto no campo executivo como legislativo e quiçá judicial, perderam de todo a legitimidade. Consequência: sua legalidade se desmorona, sua autoridade se aniquila, seus poderes se desmancham, sua ética se decompõe.

Não há como restaurá-la. Faltando legitimidade, não se governa nem se legisla, salvo por vias excepcionais. [...]

Urge outra vez fazer legítima a lei, repolitizada pela legitimidade; tal repolitização, todavia, unicamente ocorre, a esta altura da crise nas instituições do Estado brasileiro, mediante recurso à introdução eficaz dos mecanismos plebiscitários da democracia participativa de primeiro grau, que é a democracia direta ou semi-direta. (2003, p. 282).

Mais adiante, segue ele com a mesma veemência que lhe é característica – e com inteira razão:

**O substantivo da democracia é, portanto, a participação.** Quem diz democracia diz, do mesmo passo, máxima presença de povo no governo, porque, sem participação popular, democracia é quimera, é utopia, é ilusão, é

---

<sup>7</sup> Afirma ele, ainda: “Com oportunidades sociais adequadas, os indivíduos podem efetivamente moldar seu próprio destino e ajudar uns aos outros.” (2005, p. 26).

retórica, é promessa sem arrimo na realidade, sem raiz na história, sem sentido na doutrina, sem conteúdo nas leis. (2002, p. 283) <sup>8</sup>.

Apesar de haver quem entenda que o crescimento das tarefas estatais e, via de consequência, a crescente complexidade do aparato burocrático inviabilizariam a participação social <sup>9</sup>, parece totalmente acertado o entendimento da autora do interessantíssimo trabalho sobre controle social já citado, para quem a

[...] relação entre o Estado e a sociedade, para privilegiar a participação e a deliberação democrática, **há que seguir o caminho da tecnoburocracia para tecnodemocracia**, ou seja, estabelecer uma correlação de conflito e mediação entre questões técnicas e políticas, entre conhecimento e poder. (2003, p. 215) <sup>10</sup>.

No mesmo sentido o pensamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

[...] os modelos políticos antigos raramente abriam espaço para essa necessária e fundamental liberdade individual para empreender nos múltiplos campos de ação rasgados pela densa convivência social contemporânea. Não eram, por isso, modelos propícios à formação de pólos de consenso duráveis na sociedade; ao contrário, se fundavam na concepção oposta, de que era necessário que a convivência fosse dirigida por um pólo de poder suficientemente forte para impor comportamentos e assegurar que a convergência partisse da coerção.

[...]

É inegável que o reforço do **consenso**, como forma alternativa de ação estatal, representa para a Política e para o Direito uma benéfica renovação, já que, como já se disse, incorpora muitos valores, pois contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evita os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e, por isso, mais facilmente obedecidos (ordem). (2005, p. 18-19).

<sup>8</sup> Grifos nossos. Vale a pena citar mais um trecho do texto do constitucionalista: “A democracia participativa desloca o eixo do poder no exercício da soberania, dos corpos representativos para as correntes da cidadania, e estas, sendo o próprio povo, exprimem desde as instâncias supremas, de forma direta e imediata, sua vontade, com tomar assim as decisões governativas e institucionais de grau mais elevado, as quais não podem nem devem ficar sujeitas à intermediação nem ao livre alvedrio das autoridades representativas do legislativo ou do executivo.” (2003, p. 285).

<sup>9</sup> Este o posicionamento de ninguém menos que Max Weber, bem como de Norberto Bobbio. Para este último, relata Sara Côrtes, “o cidadão, ao fazer a opção pela sociedade de consumo de massa e pelo Estado de bem-estar social, sabe que está abrindo mão do controle sobre as atividades políticas e econômicas por ele exercido em favor de burocracias privadas e públicas.” Afirma ela, com propriedade: “estes autores não levam em conta a capacidade da burocracia de absorver a criatividade e o conjunto de informações e conhecimentos detidos pelos atores sociais necessários à gestão pública, assim como a capacidade destes atores num processo pedagógico compreenderem os meandros e procedimentos da institucionalidade regulada pelo direito.” (2003, p. 216.)

<sup>10</sup> Mais adiante, afirma ela: “A experiência empírica analisada, qual seja, da fiscalização da prestação de contas, demonstra não só que há interesse do cidadão na participação, mas que há também **capacidade para lidar e aprender com a atividade da administração pública estatal**.” (2003, p. 218 – grifos nossos).

Joseph Stiglitz, ex-Presidente do Banco Mundial, ao abordar a polêmica questão do apoio das instituições internacionais aos projetos de reformas institucionais, é mais um dos defensores da participação social e da construção de alguns consensos, sob pena de inefetividade de qualquer projeto de mudança. Defende ele que o papel das instituições externas que contribuem com recursos ou conhecimentos necessários para estes projetos não deve vir acompanhado de exigências que salientem a dependência das sociedades em desenvolvimento destas instituições. Ao contrário, deve-se permitir a elas que assumam a condução do processo, sob pena de ele não se sustentar, por falta de comprometimento. As instituições externas apenas podem facilitar o processo, mas não assumir a responsabilidade por ele, de modo que **a participação deve ser fortemente incentivada e devem ser disponibilizados todos os meios (educação e informações relevantes) para que ela seja significativa** (1998, p. 17-8).

Neste sentido, é imperativo reconhecer que, “em tempos de democracia participativa, a linguagem do direito estatal moderno, hermética, especializada e abstrata, configura-se num obstáculo à participação e controle do Estado pelo cidadão.” (2003, p. 216).

Por último, importa ressaltar a imprescindibilidade da participação de entes alheios à estrutura estatal no processo decisório: “No dizer de Anna Maria Campos, o governo não será capaz de avaliar de maneira isenta o desempenho de sua burocracia; esse controle só será eficaz quando realizado pelos cidadãos.” (2003, p. 227).

Passo a descrever, muito resumidamente, os diferentes mecanismos pelos quais a população civil pode interferir no exercício do poder político.

Em primeiro lugar, acompanho a distinção que Vanderlei Siraque faz entre os conceitos de participação popular e controle social.

Este, mais restrito, é o controle exercido por pessoas (físicas ou jurídicas) alheias à estrutura do Estado, no que concerne à execução das decisões políticas. Já a participação popular atine mais diretamente à tomada de decisões pelo poder político, decisões referentes à formação de atos normativos do Estado.

Embora ambos sejam formas de exercício da soberania popular, se distinguem claramente quanto ao foco, conforme Siraque: “Enquanto a **participação popular** colabora para a formação das normas jurídicas estatais, a finalidade do **controle social** é outra, isto é,



aproveitar as regras previamente elaboradas para submeter o Estado a uma posição de submissão ao cidadão controlador de seus atos” (2005, p. 100 – grifos do autor).

Ressalte-se que tanto um como outro possuem caráter facultativo, isto é, o cidadão tem a possibilidade, mas não é efetivamente obrigado a exercê-los, muito embora tenha todo interesse de fazê-lo.

Vanderlei Siraque lembra que o “controle social é direito fundamental da primeira geração desses direitos, expressando-se no exercício da cidadania, e serve de meio para a proteção dos direitos individuais, coletivos e, mais recentemente, dos direitos difusos” (2005, p. 110). Este controle, para Siraque, pode “concretizar-se em dois momentos:

- a) análise jurídica da norma estabelecida pela Administração Pública, como a relação de compatibilidade com outras normas de hierarquia superior;
- b) fiscalização da execução ou aplicação dessas normas jurídicas ao caso concreto”, ao passo que a participação popular “ocorre antes ou durante o processo de decisão da Administração Pública” (2005, p. 112).

O autor faz um breve inventário das formas que pode assumir o controle social:

[...] vistas a processos administrativos e judiciais nos órgãos públicos em que eles estiverem disponíveis, leitura do Diário Oficial, requerimento ou petição solicitando certidões ou informações junto aos órgãos públicos, carta, denúncias, representação, reclamação verbal à própria Administração, ao Ministério Público, ao Tribunal de Contas, ao Legislativo, ações judiciais. (2005, p. 109).

Em seguida, passa a discorrer sobre as principais formas de controle social e participação popular, atualmente aplicadas basicamente no âmbito do Poder Executivo.

O que Siraque chama de planejamento participativo parece corresponder, em realidade, a um conceito mais abrangente, que envolve diversas formas de participação social, tal como o próprio orçamento participativo, bem assim a participação nos conselhos que elaboram políticas públicas. Trata-se, em suma, de propiciar a participação dos interessados no processo decisório, conferindo legitimidade e efetividade ao processo de definição de metas para o Poder Público, pois, quando a participação é ampla, certamente haverá uma maior fiscalização e acompanhamento da execução daquilo que foi planejado. O processo pode ser chamado, como bem assinala o autor, de “planejamento inclusivo”, consistindo em “verdadeira revolução na formulação de políticas públicas, tendo em vista o seu caráter

pedagógico e a inclusão de todos os interessados, sem exceção, na sua elaboração.” Para ele, “o planejamento de longo prazo não pode ficar a cargo apenas das autoridades, dos governantes e dos técnicos” (2005, p. 121), de modo que deveria ser propiciada a participação na elaboração do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias, da Lei do Orçamento Anual, em todas as esferas da Federação.

Ao analisar o papel dos Conselhos em que se dá a formulação de políticas públicas, Fernando Herrén Aguilar bem analisa a questão da representatividade:

É desejável, no regime democrático, que integrem, portanto, os órgãos consultivos, as diversas entidades interessadas nas medidas, que apresentarão seus pareceres técnicos para confronto com eventuais opiniões em contrário. O peso relativo das categorias implicadas na deliberação é fundamental para apurar se há ou não equilíbrio nos critérios de decisão. (1999, p. 219).

Este elemento é fundamental, pois, como observa o autor, o

[...] fortalecimento do corporativismo é uma tendência marcante na sociedade contemporânea [...] Mas não se combate o corporativismo mediante a eliminação dos interesses localizados ou na expectativa de que se convertam em reflexo das aspirações da sociedade como um todo. Uma das formas racionais de se lidar com o corporativismo numa sociedade complexa é dar vazão institucional aos pleitos localizados, de forma a identificá-los mais solidamente e analisar suas repercussões para os diversos segmentos sociais. (1999, p. 220).

Para ele, isso não tem acontecido na prática dos Conselhos de Políticas Públicas: “Entre nós é facilmente detectável que os conselhos quase nunca adquiriram feições de fórum de manifestação de interesses da sociedade. E, quando permeáveis a eles, jamais apresentaram um balanceamento desejável entre as categorias interessadas.” O que falta, para ele, é a disponibilidade de informações técnicas para que os usuários dos serviços públicos possam efetivamente contribuir para a tomada de decisões: “parece-nos de enorme relevância o desenvolvimento de mecanismos institucionais para permitir uma ‘representatividade técnica’, por assim dizer, dos usuários, no processo de deliberação sobre assuntos de seu interesse.” (1999, p. 222).

Para aferir o grau de contribuição de um determinado Conselho na democratização de políticas públicas, parece adequado referir as lições de um professor norte-americano que vem se dedicando ao estudo teórico e empírico sobre o tema. O Prof. William Leach identifica sete valores que devem estar presentes no que ele denomina de “gestão pública colaborativa”:

inclusividade; representatividade; imparcialidade; transparência; capacidade decisória; legalidade e “empoderamento” (2006, p. 100-110).

Vejamos como ele define cada um desses quesitos: 1) inclusividade significa que o “processo apresenta poucas restrições para a participação”; 2) representatividade significa “que os interesses de todos os indivíduos afetados são efetivamente defendidos, diretamente ou por representantes”; 3) imparcialidade significa que as partes envolvidas são tratadas igualmente; 4) transparência significa que “o processo está regido por regras claras e conhecidas de todos”; 5) capacidade de decisão significa que o processo “permite aos participantes exporem suas idéias livremente, examinar criticamente os argumentos de cada um dos outros, identificar interesses comuns e construir uma base de conhecimento compartilhado e capital social”; 6) legalidade implica em que a legislação vigente está sendo cumprida; e 7) “empoderamento” significa que o “processo habilita os participantes a influenciar a elaboração das políticas” (2006, p. 101-104). Para considerar, portanto, que um Conselho efetivamente contribui para a democratização das políticas públicas no seu setor de atuação, é necessário que todos estes requisitos estejam preenchidos.

Também tem uma importância fundamental para o nosso tema a instituição das “ouvidorias”, ora previstas pela Constituição tanto no âmbito do Poder Executivo (artigo 37, § 3º, I), quanto no âmbito do Poder Judiciário (artigo 103-B, § 7º.). Trata-se de órgãos encarregados de “ouvir os reclamos da sociedade, analisar a veracidade destes e encaminhá-los aos órgãos competentes para as providências que se fizerem necessárias.” Elas “têm a função de fazer o controle externo dos atos e a competência para fiscalizar quando o ouvidor tiver autonomia administrativa e funcional em relação ao órgão a ser fiscalizado.” (SIRAQUE, 2005, p. 137). Para cumprir tal missão, é evidente que precisam estar amplamente acessíveis à população interessada as informações pertinentes em poder dos órgãos públicos com competência para atuar na matéria.

Ressalte-se, neste passo, que a Lei do Processo Administrativo (Lei 9.784/99) prevê a facultatividade na adoção de meios de participação popular em qualquer procedimento decisório adotado pela Administração Pública, dedicando-se, inclusive, a prever expressamente a realização de consultas públicas e de audiências públicas:

Artigo 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de

consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§ 1º. A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

[...]

Artigo 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

Artigo 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

Parece assistir, assim, inteira razão ao jusadministrativista Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

[...] como inevitável consequência do retorno da sociedade à cena política, graças ao progresso da **democracia**, bem como à cena econômica, com o ressurgimento do **capitalismo**, os canais da **participação** e da **consensualidade** se alargaram para permitir uma apreciável reutilização e reforço de todas as modalidades de **pactos** existentes no Direito, voltados a estreitar os laços de atuação negociada entre Estado e sociedade e, sobretudo, com a introdução de novas modalidades de **coordenação** de ações entre ambos esses protagonistas da política. (2005, p. 10 – grifos do autor).

Para este autor, “algo está ocorrendo no perfil juspolítico contemporâneo a respeito das relações entre a **Sociedade** e o **Estado**, com um nítido sentido de maximizar o papel do **consenso** e de minimizar o emprego da força imperativa do Poder Público.” (2005, p. 17 – grifos do autor). Assim,

[...] a razão humana vem desenvolvendo imemorialmente instituições de **cooperação**, que não somente atuam na prevenção dos conflitos, como em sua composição, reduzindo os riscos da competição desenfreada e radical, para que se torne possível à sociedade beneficiar-se apenas da face saudável dos conflitos, minimizando nele o agonal e maximizando o arquitetônico. (2005, p. 17) <sup>11</sup>.

Em síntese, defende ele, acertadamente, que a cooperação – e não a coerção – consiste no espaço adequado para o “desenvolvimento sustentável das potencialidades dos indivíduos.” O ilustre jurista fala, então, em um “**princípio do consenso**, ainda em tímida

---

<sup>11</sup> E prossegue ele: “Efetivamente, situa-se na **cooperação** o tipo de relacionamento entre pessoas que possibilita a **coordenação de diversas expressões do poder**, gerado pela sociedade, para alcançar seus fins comuns, impulsionando virtudes sociais como a tolerância e a confiança, que são as duas bases indispensáveis para a existência do **consenso**.”

construção, mas que já pode ser detectado e definido como a afirmação do **primado da concertação sobre a imposição nas relações de poder.**” (2005, p. 18).

É importante ressaltar que eventualmente uma decisão condenatória ou mandamental pode não ser a melhor solução para os complexos problemas atinentes à efetivação de direitos fundamentais, devendo-se pensar, talvez, na adoção de mecanismos para a construção de soluções consensuais, com a participação de entidades que representem os titulares dos direitos, do Ministério Público e dos Poderes Públicos omissos. Para Carbonell,

[...] la actuación de los jueces dentro del Estado democrático (y sobre todo de los jueces constitucionales) debe tomar en cuenta la permanente apertura del diálogo público, de forma que las sentencias no se limiten a pronunciar la última palabra, sino que aseguren las condiciones para que los participantes en el diálogo puedan seguir exponiendo sus razones. (2005, p. 69).

No mesmo sentido as lições de Américo Bedê Freire Júnior, que defende ser “preciso, no processo de controle de constitucionalidade em abstrato, viabilizar uma abertura no processo coletivo, a fim de que toda a sociedade, que, de fato, é alcançada pelos efeitos da decisão possa participar ativamente das decisões do processo coletivo”. Defende ele, assim, a

[...] introdução de figuras como o *amicus curiae* e a realização pelo Judiciário de audiências públicas [...] a fim de viabilizar que o juiz, ao analisar a questão coletiva, não seja seduzido por parte da realidade transportada aos autos, mas possa sopesar as questões postas, ouvindo um maior número de opiniões das pessoas que também serão alcançadas pela decisão no processo coletivo. (2005, p. 105)<sup>12</sup>.

Trata-se da mesma concepção defendida por Peter Häberle:

Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (*Öffentlichkeit*), dispondo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos. (1997, p. 33).

Frise-se que essa democratização da interpretação constitucional defendida por Häberle não implica na desvalorização do papel dos estudiosos da área, já que a ciência constitucional “tem uma função catalisadora e, por traduzir – publicamente – a interpretação metodicamente refletida e, simultaneamente, conformar a preparação dos intérpretes oficiais, atua de maneira singular em todos os campos da interpretação.” Porém, para ele, “limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes ‘corporativos’ ou autorizados jurídica ou

<sup>12</sup> Como bem lembra o autor, “Essa abertura provoca até mesmo a superação do pseudodéficit democrático, pois, permitindo a participação direta da sociedade na resolução da demanda, não há que se falar em falta de legitimidade para uma importante decisão judicial sobre políticas públicas.” (2005, p. 107).

funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo.” Ademais, salienta que constitui “tarefa da Ciência formular suas contribuições de forma acessível, de modo que ela possa ser apreciada e criticada na esfera pública” (1997, p. 34-35).

É dizer: a importância da participação dos maiores interessados na tutela de seus direitos não pode, de forma alguma, ser subestimada. Nos dizeres de Ana Paula de Barcellos, “Não cabe ao direito sufocar o espaço de participação, luta e conquista política, como se os juristas e o Judiciário formassem uma classe sacerdotal, superior e paternalista, capaz de prover todos os bens desejados pelo homem.” (2002, p. 306-307). Cabe, sim, ao Poder Judiciário adotar uma postura aberta e incentivadora da participação social, ouvindo os titulares de direitos fundamentais a fim de contribuir para sua efetivação.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto igualmente salienta que é imprescindível a presença e fortalecimento da confiança nos diversos mecanismos participativos:

[...] a **desconfiança** leva à divergência, porque este sentimento provém do instinto de sobrevivência e, por isso, ela é inata, enquanto a **confiança**, que conduz à convergência, brota no plano da consciência e, por isso, exige um certo nível de progresso cultural, na medida em que as instituições que vão sendo criadas atuam para reduzir as desconfianças e, ao revés, promovem a ativação de uma etologia do desenvolvimento. (2005, p. 18).

Em suma, não basta assegurar a participação social, é preciso assegurar a utilização de métodos que garantam que a manifestação das diferentes visões de grupo possa ser canalizada de forma construtiva, a fim de produzir, com clareza de visão, decisões que realmente caminhem no sentido de proteger todos os interesses envolvidos.

Vale transcrever, neste passo, as contribuições de Dayse Braga Martins sobre o tema:

Quando se fala em democracia, fala-se em participação. Participação resulta cidadania ativa, sujeito de direitos e deveres, defendendo e exercendo estes direitos e deveres. [...]

Em muitas ocasiões, a Mediação é veículo do exercício da cidadania ativa ao solucionar problemas individuais; da intermediação entre o Poder Público e as Associações de Bairro, para deliberação de políticas públicas; e das demais situações, como nas relações de trabalho entre os próprios empregados, entre empregado e empregador ou entre empresas.

Constata-se no exercício da Mediação uma mudança de paradigma social. Antes o cidadão era acostumado a atribuir a terceiros, comumente ao Estado, a direção de toda a sua vida. Hoje, com a prática da Mediação, as partes têm autonomia para tratar e administrar seus conflitos, identificando a causa do problema e o meio mais adequado para solucioná-lo. (2003, p. 57-58)

Para concluir este tópico, creio ser possível afirmar que, muito embora, como vimos, exista razoável literatura no Brasil defendendo a participação social no âmbito da formulação

de políticas públicas no Executivo, somente se esboçam as primeiras ideias acerca da previsão desta participação nas ações coletivas que envolvem políticas públicas.

Todavia, se a matéria é a mesma, se a formulação ou a implementação da política pública já gerou um conflito judicial, cabível, portanto, da mesma forma, a participação social, que fornecerá inclusive transparência, argumentos e informações necessárias para a solução do conflito levado a juízo. Ademais, torna-se democrático o processo, pois todos os interessados terão a oportunidade de, através de instituições organizadas, verem seus argumentos discutidos no processo coletivo. Resta, contudo, abordar a forma ideal de conferir racionalidade a esta discussão, o que se fará no último capítulo.

## **2.7 Acesso à justiça e desenvolvimento** <sup>13</sup>

Cabe ainda explicitar, ainda que de forma abreviada, de que forma a implementação de mecanismos consensuais de solução de controvérsias se insere na visão de que o acesso à justiça é fundamental para o desenvolvimento de um país e a realização dos direitos básicos de seus cidadãos.

### **2.7.1 Conceito de acesso à justiça e sua relevância para a realização dos direitos fundamentais**

Em primeiro lugar, é preciso esclarecer a concepção de acesso à justiça que norteia este trabalho. Quando se pensa em acesso à justiça, muitas vezes, tem-se uma visão estreita do tema, limitando-se-o apenas ao seu aspecto formal, qual seja, o de ter a possibilidade de ingressar em juízo para defender um direito de que se é titular. Este aspecto, de inegável importância – pois, sem ingressar com a ação, é impossível obter a realização do direito ameaçado ou violado – corresponde ao conceito de acesso à justiça em sentido formal, mas não abarca o seu sentido material, qual seja, o acesso a um processo e a uma decisão justas. Como bem assinala Cappelletti, o “acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico

---

<sup>13</sup> Tratei deste assunto no artigo “Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional”, inserido na coletânea que organizei com Paulo Casella, publicada em 2009 com o título “Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça”, de modo que boa parte das reflexões aqui realizadas já constavam do referido artigo, tendo sido, porém, atualizadas, complementadas e parcialmente modificadas para inserção nesta tese.

moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.” (1988, p. 12). Há quem fale, ainda, como Kazuo Watanabe, em acesso a uma ordem jurídica justa (1988, p. 135), numa visão mais ampla de efetividade do direito, seja mediante a observância espontânea do direito material, seja mediante a adequada tutela do direito ameaçado ou violado em juízo.

Como é sabido, todo o direito processual nada mais é do que um instrumental posto a serviço da realização do direito material, de modo que não basta termos normas de natureza material extremamente sofisticadas, como são, por exemplo, no Brasil, de um modo geral, as normas previstas na Constituição Federal em matéria de proteção a direitos, ou a legislação ambiental em vigor ou, ainda, o Código de Defesa do Consumidor ou o Estatuto da Criança e do Adolescente. Todas estas normas jurídicas têm conteúdo bastante avançado, buscando a transformação da sociedade brasileira em uma sociedade mais justa e solidária. Entretanto, de nada adianta a existência dessas normas se esta não for acompanhada de mecanismos capazes de fazê-las valer em caso de violação. É aí que entra o acesso à justiça, pois precisamos de instrumentos que nos garantam que, em caso de violação ou simples ameaça de violação a nossos direitos, temos aonde nos socorrer, podemos exigir o cumprimento forçado da norma violada ou a atuação da sanção pelo descumprimento. Nesse sentido a lição de Cappelletti e Garth: “o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação” (1988, p. 11-12).

É intuitivo, neste sentido, que não é suficiente ter a possibilidade de reclamar pela violação de um direito, mas é necessário que a apreciação desta questão seja feita de forma ágil, justa e efetiva, sem macular, contudo, a garantia do contraditório, isto é, dando-se oportunidade à outra parte no litígio de apresentar suas alegações e provas correspondentes. É daí que decorre a noção de acesso a um processo e a uma decisão justas. De nada serve poder exercer o direito de ação se a solução reclamada vier tarde demais ou for uma decisão injusta, insatisfatória para resolver o litígio.

### **2.7.2 Obstáculos para a realização do acesso à justiça**



Diversos estudiosos do tema, como Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em sua obra clássica, e, no Brasil, entre outros, Luiz Guilherme Marinoni e Horácio Wanderlei Rodrigues, apontam, basicamente, quatro ordens de obstáculos para o acesso à justiça: a) **obstáculos de natureza financeira**, consistentes na incompatibilidade entre a renda da maior parte da população brasileira e os altos valores cobrados por honorários advocatícios no mercado privado, associada à estruturação insuficiente dos órgãos incumbidos de prestar assistência jurídica gratuita <sup>14</sup>; b) **obstáculos temporais**, consubstanciados na morosidade característica do Poder Judiciário, seja por dificuldades institucionais, relacionadas à má administração, falta de modernização tecnológica e/ou insuficiência do número de magistrados e de servidores, seja em razão da complexidade do nosso sistema processual, que permite a interposição infundável de recursos; c) **obstáculos psicológicos e culturais**, consistentes na extrema dificuldade para a maioria da população no sentido de até mesmo reconhecer a existência de um direito <sup>15</sup>, especialmente se este for de natureza coletiva, na justificável desconfiança que a população em geral (e em especial a mais carente) nutre em relação aos advogados e ao sistema jurídico como um todo e, ainda, na também justificável intimidação que as pessoas em geral sentem diante do formalismo do Judiciário e dos próprios advogados; d) **obstáculos institucionais**, referentes aos direitos de natureza coletiva, em que “a insignificância da lesão ao direito, frente ao custo e à morosidade do processo, pode levar o cidadão a desistir de exercer o seu direito por ser a causa antieconômica” (MARINONI, 1993, p. 40); nesta categoria também se incluem outros obstáculos apontados por Horácio Wanderlei Rodrigues, quais sejam, as limitações na legitimidade para agir, notadamente quando se pensa em termos de direitos difusos e a necessidade de advogado em quase todo feito judicial, mesmo em casos em que a simplicidade do litígio não exigiria assessoramento jurídico (2010, p. 143-145).

Sem sombra de dúvida, a primeira e a terceira ordens de obstáculos elencadas são as que impedem até mesmo o acesso formal ao Judiciário, ao passo que os obstáculos de

---

<sup>14</sup> Além disso, como lembra com inteira pertinência Horácio Wanderlei Rodrigues, “mesmo em havendo esse acesso, a desigualdade material, em contraste com a igualdade formal prevista no ordenamento jurídico, acaba por colocar o sujeito mais pobre em situação de desvantagem no desenvolvimento do processo” (2010, p. 139), justamente porque, provavelmente, não terá condições de remunerar um advogado tão qualificado quanto o de uma outra parte com melhores condições financeiras, isso sem falar na economia de escala que os litigantes habituais têm se comparados aos litigantes eventuais.

<sup>15</sup> Como bem aponta Horácio Wanderlei Rodrigues, “no âmbito do direito à informação, há pelo menos três elementos a serem considerados: (a) o sistema educacional; (b) os meios de comunicação; e (c) a quase inexistência de instituições responsáveis pela prestação da orientação para os direitos (assistência jurídica preventiva e extrajudicial.” (2010, p. 140).

natureza temporal impedem, certamente, que se obtenha um processo justo e geram, poderíamos acrescentar, a **descrença da população em relação ao aparato jurisdicional como um todo**. Esta decorre também – é preciso salientar – de problemas de conteúdo, qualidade ou justiça das decisões, seja por questões estruturais (falta de tempo e de recursos para se dedicar aos processos como seria necessário), seja por questões de falhas na formação dos magistrados, que não são treinados para buscar em primeiro plano a prestação de um serviço jurisdicional de qualidade à população, mas têm, em boa parte, uma bagagem jurídica eminentemente formalista e desvinculada dos aspectos éticos e sociais da função judicial, seja ainda por problemas de corrupção ou falta de independência do Judiciário, especialmente no que diz respeito aos processos envolvendo o Poder Público <sup>16</sup>.

É interessante mencionar dados específicos da realidade brasileira a este respeito, levantados por Castelar Pinheiro em pesquisa singular sobre o tema:

Pesquisa realizada pela Vox Populi em abril de 1999 mostrou que 58% dos entrevistados considerava a Justiça brasileira incompetente, contra 34% que a julgavam competente. Mais significativo ainda, 89% afirmaram ser a Justiça demorada, em contraste com 7% dos entrevistados que responderam ser a Justiça rápida. De fato, uma pesquisa publicada pelo IBGE em 1990 já mostrava que **dois em cada três brasileiros envolvidos em conflitos preferiam não recorrer à justiça**. Numa outra pesquisa do Ibope em 1993, 87% dos entrevistados diziam que ‘o problema do Brasil não está nas leis, mas na justiça, que é lenta’ e 80% achavam que ‘a justiça brasileira não trata os pobres e ricos do mesmo modo’. (2001, p. 4).

O mesmo autor enfatiza, ainda, os fatores culturais internos ao próprio meio jurídico que impedem a boa prestação dos serviços jurisdicionais:

[...] no que se refere ao caso brasileiro, é consensual que as deficiências do Judiciário decorrem de causas profundamente arraigadas [...] os problemas decorrentes dessa matriz histórica são acentuados pela instabilidade do arcabouço jurídico do país, pelo arcaísmo e excessivo formalismo dos códigos de processo e pela má formação de boa parte da magistratura e de todos aqueles que, mais amplamente, se poderia designar como ‘operadores

<sup>16</sup> O Judiciário brasileiro, se comparado à maioria dos países da América Latina, goza de elevado grau de independência institucional, com a totalidade dos membros da primeira instância ingressando mediante concurso e 80% dos membros da segunda instância sendo oriundos da primeira instância, além de autonomia administrativa e orçamentária. Ademais, a remuneração alta dos magistrados, bem como sua vitaliciedade, os põe relativamente a salvo tanto de pressões políticas quanto de corrupção. [Ver DAKOLIAS, Maria. “Court performance around the world: a comparative perspective”: *“In contrast to other Latin American countries, however, corruption does not seem to be a major problem”*]. Todavia, a população ainda se ressentida de um tratamento igualitário em juízo, existindo a percepção difusa de que existe uma tendência ao favorecimento do Poder Público tanto no que diz respeito ao mérito das decisões, quanto no que diz respeito à agilização do procedimento. Trata-se de interessantes hipóteses a serem pesquisadas na prática judiciária. Note-se que, para ter acesso aos tribunais superiores, a participação do Poder Executivo é tanto mais determinante quanto mais alta a corte.

do direito' [...] a lentidão e o caráter pesadamente burocrático e formalista de seu funcionamento teriam hoje a permanência praticamente de um traço cultural, com baixa probabilidade de mudança com base somente em fatores endógenos. Uma consequência da aceitação quase fatalista desse alegado traço cultural pelos magistrados e operadores do direito seria o **excessivo recurso a argumentos processuais, em detrimento de decisões substantivas sobre o mérito das questões – tendência esta que reforça a descrença de grande parte da sociedade quanto a resolver seus conflitos pela via judicial.** (2001, p. 4-5 – grifei).

Castelar Pinheiro conduziu interessante pesquisa com 741 magistrados brasileiros, das diversas instâncias do Judiciário, em 12 Unidades da Federação e a pesquisa demonstrou que, segundo os próprios magistrados, “a morosidade é o principal problema do Judiciário, com o alto custo de acesso (custas judiciais e outros custos) vindo em segundo, seguido pela falta de previsibilidade das decisões judiciais”. Os magistrados apontam, por outro lado, como principal aspecto positivo do Judiciário brasileiro, a imparcialidade (2004, p. 39).

Quanto às causas da morosidade, os magistrados apontaram que ela

[...] é freqüentemente agravada por indivíduos, firmas e grupos de interesse usarem a justiça não para pleitear direitos, mas para postergar o cumprimento de suas obrigações. O Estado, em particular, é visto como fazendo um mau uso contumaz da justiça, utilizando-a como instrumento quase-fiscal.

Além disso, eles apontam problemas infra-estruturais, nas regras processuais e na prática dos advogados:

[...] o número insuficiente de juízes, as muitas possibilidades existentes para se protelar uma decisão e o grande número de recursos possíveis a instâncias superiores. Em um segundo grupo, em ordem descendente de importância, os juízes incluem a falta de equipamentos de informática, a preferência dos advogados por estender a duração dos litígios, a falta de treinamento dos advogados, a ênfase excessiva no formalismo processual e a precária situação das instalações judiciárias. (2004, p. 39).

No que diz respeito especificamente ao sistema recursal, os magistrados entrevistados apontaram:

[...] o grande número de recursos possíveis a instâncias superiores também prejudica o Judiciário por reduzir a importância das decisões dos juízes de primeira instância e por vezes também de segunda instância, já que a grande maioria de suas decisões sofre apelação por uma das partes. Uma consequência negativa desse fenômeno é a desmotivação dos magistrados, que vêem diminuída a importância do seu trabalho. (2004, p. 40).

Eles entendiam ainda que a dificuldade de alterar essa situação é causada, primeiramente, pelo “interesse dos advogados, que têm seu mercado de trabalho ampliado

pela complexidade processual e as muitas oportunidades de recurso abertas pela legislação brasileira”; segundo, por uma “desconfiança da elite do Judiciário com relação à politização das decisões judiciais, mantendo-se a possibilidade de recurso aos Tribunais Superiores como uma forma de limitar o efeito final de decisões politizadas”. Como nota Castelar Pinheiro, “esse é um problema que seria muito reduzido se houvesse um efeito vinculante nas decisões.” (2004, p. 40). A questão fica ainda mais gritante quando se recorda o fato registrado por Maria Dakolias de que, em 90% dos casos, as cortes de segunda instância confirmam a decisão que foi proferida em primeira instância (2007, p. 47).

A questão da falta de interesse dos advogados na realização de mudanças que abreviem o andamento processual tem magnitude que não deve ser desprezada, mas existe também dentro do próprio Judiciário, como relata Richard Messick:

As reformas do Judiciário podem ameaçar aqueles que têm interesse na manutenção do status quo. Como tanto Eyzaguirre (1996) quanto Blair and Hansen (1994) observam, ineficiências nos procedimentos e administração das cortes freqüentemente propiciam oportunidades de renda extra para juízes, promotores e o pessoal de apoio do Judiciário em geral. Na Argentina, por exemplo, os escrivães judiciais protestaram contra uma proposta da Fundação de Investigações Econômicas Latino-americanas (FIEL, 1996) de que eles trabalhassem mais do que os atuais 132 dias por ano. (O aumento seria para no mínimo 163 dias, a média do pessoal no Poder Executivo, ou os 231 dias que são a média dos empregados do setor privado na Argentina). O pessoal de apoio também está desafiando uma recomendação de aprimoramento da administração de casos e do agendamento de audiências.

As reformas também podem enfrentar oposição do órgão de classe dos advogados. No Uruguai, advogados objetaram contra a introdução de novos procedimentos que acelerariam os julgamentos civis e criminais, temendo que isso reduziria sua quantidade de trabalho (Vargas, 1996). As reformas também ameaçam os rendimentos dos advogados de outras formas. [...] No Peru, por exemplo, advogados e notários públicos se opuseram vigorosamente às medidas que reduziriam os custos do registro imobiliário urbano para as pessoas carentes porque seria permitido a engenheiros, arquitetos e outros profissionais que também prestassem serviços numa área que costumava ser exclusiva dos operadores jurídicos (World Bank, 1997). (1999, p. 123 – tradução desta autora).

A ineficiência administrativa, embora apontada como tendo uma importância secundária, também é reconhecida pelos magistrados ouvidos por Castelar Pinheiro como uma das causas da morosidade, o que é agravado pelo fato de que os magistrados brasileiros gastam boa parte de seu tempo (entre 30 e 50%, aproximadamente) com atividades administrativas. Eles apontam como principais fatores: a) a ausência de uma administração

ativa de casos; b) má gestão do fluxo físico de processos; c) lentidão nas notificações às partes; d) arcaísmo das práticas administrativas; e) falta de preparo dos funcionários e de treinamento dos juízes neste tipo de atividade (2001, p. 17).

Neste passo, é oportuno mencionar que a Emenda Constitucional 45/2004, que iniciou a implantação da Reforma do Judiciário, acrescentou ao rol de direitos fundamentais o direito à “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação”<sup>17</sup>, demonstrando a relevância que o constituinte atribui à celeridade na tramitação processual e servindo de fundamento para uma série de reformas ainda não implementadas. A mesma emenda criou também o Conselho Nacional de Justiça, órgão que vem desempenhando papel fundamental na profissionalização da gestão no âmbito do Poder Judiciário.

Quanto ao problema de falta de previsibilidade das decisões judiciais, apontavam os magistrados como causas: a) falhas na legislação, gerando dificuldades de interpretação; b) uso frequente de liminares; c) tendência a que as decisões sejam tomadas com base em detalhes processuais, sem enfrentar o mérito da questão (2001, p. 41). Ressalta o pesquisador que “a maioria desses problemas poderia ser corrigida com mudanças de leis e incentivos, sem a necessidade de aportar-se mais recursos orçamentários.” (2001, p. 42).

Por fim, a pesquisa de Castelar Pinheiro também colocou interessantes questões atinentes ao impacto econômico das decisões judiciais. 73,1% dos magistrados respondeu que “a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos”, de modo que “a politização das decisões judiciais freqüentemente resulta da tentativa dos magistrados de proteger a parte mais fraca na disputa que lhe é apresentada” (2001, p. 41). Note-se que o grau de politização varia conforme o assunto:

As áreas em que a ‘politização’ é menos comum são as que envolvem questões comerciais e de propriedade industrial, isto é, as mais diretamente ligadas às relações entre empresas. Note, porém, que ela é significativamente mais freqüente em casos envolvendo operações de crédito do que outras operações comerciais, o que ratifica a visão de que o mercado de crédito é particularmente afetado por esse posicionamento dos juízes. (2001, p. 21).

O autor aponta os impactos desse posicionamento na atividade econômica:

A não-neutralidade do magistrado tem duas conseqüências negativas importantes do ponto de vista da economia. Primeiro, os contratos se tornam mais incertos, pois podem ou não ser respeitados pelos magistrados, dependendo da forma com que ele encare a não-neutralidade e a posição

---

<sup>17</sup> Inciso LXXVIII acrescentado ao artigo 5º da Constituição Federal pela referida emenda.

relativa das partes. Isso significa que **as transações comerciais ficam mais arriscadas**, já que não necessariamente ‘vale o escrito’, o que faz com que se introduza prêmios de risco que reduzem salários e aumentam juros, aluguéis e preços em geral. Segundo, ainda que [...] a magistratura não esteja ‘comprometida com a representação de interesses’, a não-neutralidade do magistrado significa que este se alinha claramente com os segmentos sociais menos privilegiados da população: entre o inquilino e o senhorio, ele se inclina a favor do primeiro; entre o banco e o devedor, ele tende a ficar com o último, e assim por diante. Isso faz com que, nos casos em que essa não-neutralidade é clara e sistemática, **esses segmentos menos privilegiados sejam particularmente afetados com prêmios de risco (isto é, preços) mais altos, ou então simplesmente alijados do mercado, pois a outra parte sabe que o dito é assinado na hora do contrato dificilmente será respeitado pelo magistrado**, que buscará redefinir *ex post* os termos da troca contratada. Isso significa que são exatamente as partes que o magistrado buscava proteger que se tornam as mais prejudicadas por essa não-neutralidade. (2001, p. 25).

Já o estudo de Maria Dakolias assim resume os principais problemas do Judiciário brasileiro: “Além da morosidade e da falta de credibilidade, os problemas com o Judiciário brasileiro incluem falta de acesso à justiça, recrutamento e treinamento de juízes inadequados, legislação desatualizada e defeituosa e a ausência de um sistema de precedentes vinculantes” (2007, p. 51 – tradução desta autora).

Como ponto positivo, a autora ressalta os altos salários (2007, p. 42), desestimulando a corrupção, e a autonomia administrativa e orçamentária do nosso Judiciário, bem como o ingresso por concurso público, garantindo alto grau de independência aos nossos magistrados. Ressalta ela, contudo, que é preciso, a par da autonomia, que o Judiciário tenha capacitação técnica para realizar as previsões orçamentárias com precisão (2007, p. 42). Ademais, “o controle judicial do orçamento, todavia, não significa necessariamente uma alocação orçamentária centralizada”, pois, de fato, “a administração centralizada resulta em uma alocação assimétrica de recursos do Judiciário” (1995, p. 176) <sup>18</sup>.

Neste particular, Dakolias aborda a questão de uma possível fixação constitucional ou legal de um percentual de recursos orçamentários a serem destinados ao Judiciário, o que ela considera inadequado:

Em primeiro lugar, regras processuais específicas e diferenças na propensão cultural da população a demandar os serviços jurisdicionais fazem com que se torne inadequado afirmar que uma maior proporção de gastos

---

<sup>18</sup> Tradução desta autora.

orçamentários no Judiciário necessariamente melhoraria o funcionamento do sistema judicial. (1995, p. 176) <sup>19</sup>.

Permito-me, todavia, discordar deste posicionamento, pois, se é certo que algumas das medidas necessárias para reformar a prestação de serviços jurisdicionais não exigem grande montante de recursos, mas sobretudo competência para implementá-las, muitas dessas medidas exigem, sim, recursos, e, no caso particular da realidade brasileira, a realização de direitos fundamentais dos cidadãos (tais como o direito de acesso à justiça) nem sempre tem sido prioridade dos diferentes governos (normalmente não tem sido, diga-se de passagem), de modo que, apesar de evidentemente o montante de recursos necessários variar com o tempo, seria absolutamente desejável que se previsse – de preferência em nível constitucional – um mínimo de recursos orçamentários a serem destinados ao Judiciário, a exemplo do que já ocorre com educação e saúde.

Dakolias também salienta que uma razoável liberdade de imprensa, como temos aqui, está diretamente relacionada à independência dos magistrados: “A liberdade de imprensa é uma questão tão crucial para uma democracia quanto os direitos humanos. Em países em que a liberdade de imprensa foi classificada como pior que boa ou como pequena, o público normalmente questiona a independência do Judiciário.” (2007, p. 42) <sup>20</sup>.

Para se garantir o acesso à justiça em sentido material, é necessário, portanto, enfrentar todas as ordens de obstáculos que foram aqui mencionadas. E é preciso ter em mente, sempre, que a melhoria de qualidade e eficiência na prestação dos serviços jurisdicionais, muitas vezes, faz aumentar o número de litígios, por trazer à tona a chamada litigiosidade contida, de que fala Kazuo Watanabe (1988), ou seja, todos aqueles litígios que esperavam solução, mas que não eram levados ao Poder Judiciário em razão da existência dos citados obstáculos <sup>21</sup>. Maria Dakolias relata isso em seu levantamento sobre o desempenho do Judiciário em 11 países: “O Judiciário brasileiro em geral experimentou um aumento de dez vezes no número de casos ajuizados anualmente durante o período de 1988 a 1996.” (2007, p. 48).

### **2.7.3 As propostas de aprimoramento e o potencial da mediação para a superação destes obstáculos**

---

<sup>19</sup> Tradução desta autora.

<sup>20</sup> Tradução desta autora.

<sup>21</sup> Isso se tornou claro com a implantação dos Juizados Especiais, tanto a nível estadual, quanto a nível federal, os quais, depois de um período de grande agilidade na resolução dos litígios, foram inundados com tal número de demandas que o período para solução aumentou sensivelmente.

Em seu estudo sobre os métodos de solução de conflitos na América Latina, Maria Dakolias não deixa de abordar a importância dos meios alternativos para um incremento na eficácia e qualidade da prestação dos serviços jurisdicionais, bem como a inevitável resistência dos operadores jurídicos tradicionais à sua implementação:

Os meios alternativos de resolução de controvérsias (em inglês, ADR) estão se tornando cada vez mais populares na América Latina porque oferecem uma alternativa para os atrasos e corrupção que caracterizam o sistema judiciário. Ao mesmo tempo, o incremento desses aumenta o acesso à justiça para uma grande porcentagem da população. Isto tem sido especialmente importante para os mais pobres. Inicialmente, juízes e advogados podem sentir-se ameaçados por sua perda de poder devido às opções que passam a ser oferecidas aos litigantes. Os juízes podem encontrar consolo, contudo, no fato de que sua carga de trabalho fica reduzida em quantidade, além do que casos de grande complexidade e visibilidade são afastados do Judiciário. Embora os advogados também possam temer os meios alternativos porque eles requerem que eles adquiram novas habilidades e joguem sob novas regras, eles podem acabar percebendo que, a longo prazo, os meios alternativos são úteis não apenas para seus clientes como também para si mesmos. Em muitos casos, as partes se mostram mais propensas a cumprir acordos obtidos pela via da mediação do que decisões provenientes do Judiciário. No Chile, por exemplo, há um índice de 70% de sucesso nos procedimentos de mediação. (1995, p. 180) <sup>22</sup>.

Ao decidir institucionalizar estes métodos extrajudiciais de solução de controvérsias, contudo, existem uma série de questões a serem decididas, como aponta Dakolias:

Por exemplo, é preciso decidir se a arbitragem e a mediação serão profissões regulamentadas, se haverá um treinamento obrigatório, e como serão fixados os padrões éticos para a atuação de mediadores e árbitros. Há vários sistemas de resolução alternativa de controvérsias que podem ser estabelecidos seja sob forma privada, seja sob a forma de um sistema anexado ao judicial. Os sistemas anexados ao judicial são oferecidos ou autorizados pelos órgãos do Judiciário. Os sistemas privados normalmente são oferecidos na América Latina pelas associações comerciais ou outras entidades sem fins lucrativos. Sob o sistema anexado ao judicial, os meios alternativos podem ser voluntários, quando as partes decidem se querem participar, ou compulsórios, quando as partes são compelidas pelo órgão competente (1995, p. 181) <sup>23</sup>.

Enquanto a arbitragem é, da mesma forma que o julgamento proferido pelo Judiciário, também um método heterocompositivo de solução de conflitos, pois um terceiro escolhido pelas partes é que decidirá o caso por elas submetido à sua apreciação, a mediação, por seu turno, é um procedimento consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira

---

<sup>22</sup> Tradução desta autora.

<sup>23</sup> Tradução desta autora.



pessoa imparcial, escolhida ou aceita pelas partes, atua no sentido de facilitar a resolução de suas divergências.

Importa salientar que boa parte da abordagem que vem sendo dada ao assunto também privilegia aspectos quantitativos, salientando que a mediação gera maior rapidez na solução dos conflitos e, ainda, desafoga o Poder Judiciário, que assim ganha condições de julgar mais rapidamente os conflitos que com ele permanecem.

Em realidade, quando se trata de mediação, o que mais merece realce é o aspecto qualitativo, referente ao grau de satisfação das partes em disputa com relação à solução do conflito, tendo em vista o seu caráter eminentemente democrático e o aprendizado por ela propiciado.

São interessantes as ponderações de Rosemary Padilha a respeito da posição que deve ser ocupada pela mediação no sistema de resolução de conflitos:

Para cumprir com o objetivo de agilizar a Justiça, a mediação deveria ser o primeiro serviço prestado ou disponível às pessoas que, não conseguindo chegar a um consenso por si mesmas, buscam a ajuda de um terceiro. A meu ver, não deveria ser uma **alternativa** de resolução de conflitos, mas a forma natural, normal dentro da cultura, a primeira opção. Caso não fosse possível resolver o conflito com a ajuda de um terceiro imparcial, o mediador, cuja função é facilitar a comunicação, favorecer o diálogo na busca de um acordo amigável, então sim, se buscaria uma alternativa adversarial em que o poder decisório fosse delegado ao terceiro. (2006 – grifos da autora).

Cabe ressaltar que a maior parte da literatura existente sobre mediação, no Brasil, ainda não analisou o seu potencial para a solução de conflitos coletivos, quando envolvidas políticas públicas, muito menos existe qualquer experiência prática nesse sentido.

Os tipos de conflitos que se costuma identificar com a mediação são os conflitos em direito de família, atinentes a atos infracionais de crianças e adolescentes, conflitos individuais e coletivos na área trabalhista, conflitos privados envolvendo questões patrimoniais, conflitos envolvendo infrações penais de menor potencial ofensivo e conflitos comunitários. Não existe no Brasil, até o momento, qualquer proposta de utilização da mediação para resolver os conflitos que envolvem direitos dependentes de políticas públicas. O mais perto que chegamos disso – e aí não apenas no plano teórico, mas legislativo e prático – diz respeito à já referida possibilidade de celebração de termos de ajustamento de conduta entre o Poder Público ou o Ministério Público e aqueles que lesaram direitos coletivos, prevista na Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85).

Difere, porém, a mediação da conciliação, em dois aspectos básicos: o primeiro quanto ao grau de atuação do conciliador no que diz respeito à facilitação do diálogo, que é muito maior no caso do mediador; e o segundo, quanto ao grau de interferência no mérito do conflito, que é muito maior no caso do conciliador. É o que se pode inferir das lições de Maria de Nazareth Serpa, ao comparar a mediação à conciliação: “Mediação envolve um processo onde o papel do mediador é mais ativo, em termos de facilitação da resolução do conflito e mais passivo em relação à intervenção no mérito ou enquadramento legal.” (1999, p. 147).

#### 2.7.4 Correlação entre desenvolvimento institucional e desenvolvimento econômico

A estreita correlação entre desenvolvimento institucional e crescimento econômico já foi identificada, há muito tempo, pelas instituições multilaterais que financiam projetos de desenvolvimento, nomeadamente o Banco Mundial e o Banco Inter-Americano de Desenvolvimento (BID) <sup>24</sup>. Como nos relata Richard Messick, os projetos de reforma do sistema judicial, geralmente, estão focados em quatro objetivos gerais: a) garantir a independência do Poder Judiciário, assegurando que as decisões sejam devidamente isoladas de influências impróprias; b) acelerar a tramitação dos processos; c) aumentar o acesso a mecanismos alternativos de solução de litígios; d) investir em treinamento dos magistrados e demais operadores jurídicos (1999, p. 118-119).

Segundo Messick, Hobbes já afirmava que, “sem um sistema judicial eficiente, os participantes do mercado ficariam relutantes em realizar transações, com receio de que os acordos não fossem cumpridos” (1999, p. 120). Esta visão foi retomada com grande ênfase por Douglass North, um dos expoentes do que os economistas têm chamado de “Nova

---

<sup>24</sup> Segundo Richard Messick, “desde 1994, o Banco Mundial, o Banco Inter-Americano de Desenvolvimento (BID) e o Banco de Desenvolvimento da Ásia aprovaram ou iniciaram mais de 500 milhões de dólares empréstimos destinados a financiar projetos de reformas no sistema judicial em 26 países” (tradução desta autora). “Judicial Reform and Economic Development: a Survey of the Issues”. In: **The World Bank Research Observer**, vol. 14, nº 1, February 1999, p. 117. O autor enfatiza, todavia, a existência de diferentes motivos por parte do Banco Mundial e do BID para financiar tais projetos: enquanto este último encara a reforma do sistema judicial como “um elemento indispensável na consolidação das instituições democráticas na América Latina, através da proteção de direitos humanos básicos e da promoção de relações sociais harmônicas” (tradução desta autora - p. 119), além de ser importante para o desenvolvimento de uma economia de mercado, o Banco Mundial enfoca somente este último aspecto, o que significa, na prática, que ele não financia projetos “para reformar códigos criminais, treinar policiais ou juízes criminais ou administrar instituições penitenciárias”, o que torna muitos destes projetos ineficazes (*idem*).

Economia Institucional”<sup>25</sup>, que chega a assegurar que “a ausência de meios de baixo custo que assegurem o adimplemento dos contratos é a ‘fonte mais determinante tanto de estagnação histórica quanto do subdesenvolvimento contemporâneo no Terceiro Mundo’” (2001, p. 120)<sup>26</sup>. Da mesma forma, Williamson atesta que “uma ‘economia de alta performance’ é aquela que se caracteriza por um número significativo de contratos de longo prazo – justamente o tipo de relação comercial que é improvável de ocorrer na ausência de um sistema judiciário eficiente” (2001, p. 120). No Brasil, Castelar Pinheiro reforça essa ideia ao ressaltar que “no limite, alguns tipos de investimentos e transações comerciais e financeiras podem ficar simplesmente inviáveis se esses direitos não forem suficientemente definidos e protegidos.” (2001, p. 1).

Vale a pena sumariar as lições de Paulo Furquim de Azevedo sobre a importância dos contratos no que diz respeito às interações entre os agentes econômicos:

Sem qualquer restrição ao comportamento de interesse individual ou incentivo ao comportamento de interesse coletivo, a ação esperada para ambas as partes é a não-cooperação. [...] Para que o ganho coletivo possa ser realizado, é necessário que haja alguma restrição ou orientação ao comportamento das partes, de tal modo que as ações não-cooperativas sejam eliminadas. Está aqui um importante ganho do uso de contratos, particularmente do comprometimento com deveres em uma relação plurilateral. [...]

Como as partes desejam que seu acordo resulte em efetivo direcionamento de comportamentos, elas também acordam sobre aspectos do contrato que têm o papel de forçar o cumprimento de seus deveres fundamentais. (2005, p. 118-120).

Desenhar um contrato adequado, assim, como demonstra Azevedo, não é tarefa fácil, em razão de ser comum a assimetria de informação entre as partes. O problema se torna ainda mais grave quando estão envolvidos ativos específicos, isto é, aqueles em que “uma fração relevante de seu retorno depende, para a sua realização, da continuidade de uma transação específica” (2005, p. 127)<sup>27</sup>, gerando dependência econômica de uma das partes. Na prática, “contratos são intrinsecamente incompletos, apresentando lacunas que abrem a possibilidade de ocorrência de custos derivados da dependência econômica”. Assim, “as partes devem criar

---

<sup>25</sup> Pode-se dizer que esse movimento foi inaugurado por Ronald Coase, ganhador do prêmio Nobel de Economia, que “demonstrou como a introdução de custos de transação na análise econômica determina as formas organizacionais e as instituições do ambiente social.” (ZYLBERSZTAJN *et alii*, 2005, p. 1).

<sup>26</sup> Tradução desta autora.

<sup>27</sup> É o caso, por exemplo, de um fabricante de auto-peças que desenvolve toda uma linha de produção para atender a um determinado modelo de veículo de uma montadora.

mecanismos para lidar com as contingências inesperadas, sendo essa, na perspectiva de alguns autores, uma das mais importantes características de um contrato” (2005, p. 128).

Tudo isso demonstra que se trata de um campo fértil para a ocorrência de litígios, sendo indispensável, portanto, a existência de um ambiente institucional capaz de dar conta desses desafios <sup>28</sup>.

É importante salientar a contribuição de North no estudo das relações entre as instituições e as transações econômicas, porque este autor lembra que, na realidade, aquelas não influem apenas nos “custos de negociação ou de transação” (custos de avaliar economicamente os bens e serviços no mercado, bem como de fazer cumprir à força os contratos, inclusive monitorando o seu cumprimento), mas afetam também os “custos de produção ou de transformação”, já que a inovação tecnológica está diretamente relacionada ao grau de proteção legal de que desfrute a propriedade intelectual. “A insegurança nos direitos de propriedade – salienta North – trará como resultado o uso de tecnologias que empregam pouco capital fixo e que não exigem acordos a longo prazo.” (2001, p. 90). É equivocado afirmar, portanto, como faz a literatura tradicional, que as instituições só afetam os custos de transação, enquanto os custos de transformação apenas são afetados pelo desenvolvimento tecnológico. Muitas vezes, os empresários podem preferir trabalhar com menos inovação tecnológica para poder utilizar mão-de-obra menos qualificada e, assim, mais barata e menos organizada. O rendimento do trabalho, por outro lado, é influenciado pelos critérios de seleção e pelas necessidades de monitoramento dos operários, de modo que os custos de negociação também afetarão desta forma a produtividade.

Estudos estimam que o nível de investimentos privados no Brasil subiria 10% se o nosso Judiciário tivesse desempenho similar ao de economias desenvolvidas <sup>29</sup>. Messick também relata que, em uma pesquisa recente envolvendo 3.600 empresas de 69 países, 70% delas responderam que um Judiciário “imprevisível” era o maior problema em suas operações (1999, p. 122).

Conforme apregoa Messick, uma visão ainda mais ampla correlaciona o desenvolvimento institucional ao desempenho econômico em razão de outros dois fatores

---

<sup>28</sup> Como ressalta Azevedo, “o Judiciário e o modo com que ele utiliza as informações disponíveis no julgamento dos processos são também elementos relevantes no desenho dos contratos.” (2005, p. 125-6).

<sup>29</sup> CASTELAR PINHEIRO, Armando. Economic costs of judicial inefficiency in Brazil. **Final Report to the Tinker Foundation**. Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo, 1998. *Apud* MESSICK, Richard. *Ibidem*, p. 121.

(além da garantia de cumprimento dos contratos): a) o respeito aos direitos de propriedade dos investidores; b) a garantia de que os poderes Executivo e Legislativo operem dentro dos ditames de um Estado de Direito (1999, p. 121).

Messick também faz um retrospecto desse pensamento, que nasceu já na Idade Média:

O jurista do século XV John Fortescue ([1471?] 1979) asseverava que a prosperidade da Inglaterra medieval se devia à qualidade das instituições legais inglesas. Quase 300 anos mais tarde, Adam Smith ([1755] 1980, 322) observou que ‘uma administração da justiça tolerável’, ao lado da paz e baixos impostos, era tudo que era necessário para ‘levar um Estado ao mais alto grau de opulência’. Max Weber, o sociólogo alemão do século XIX, foi o primeiro a observar atentamente a relação entre segurança jurídica, um Judiciário eficiente e o desenvolvimento econômico (Trubek, 1972), mas, segundo Hayek (1960), o crédito pelo reconhecimento da importância do Judiciário na garantia da segurança jurídica pertence aos autores da Constituição americana, bem como aos filósofos alemães que elaboraram o conceito de Estado de Direito. Os primeiros demonstraram por que a revisão judicial dos atos do Poder Legislativo era essencial, enquanto os últimos demonstraram a importância da sujeição das ações do Executivo e seus órgãos ao escrutínio do Judiciário. (1999, p. 121-122)<sup>30</sup>.

No que diz respeito aos direitos de propriedade, não é muito difícil vislumbrar a correlação, apresentada de forma sucinta por Bernardo Mueller:

Direitos de propriedade que não são perfeitamente seguros desestimulam os investimentos [...] direitos de propriedade contribuem para afetar o comportamento econômico dos agentes e o desenvolvimento de mercados [...] direitos de propriedade seguros e bem definidos, incluindo o direito de vender ou transferir a propriedade, farão com que o recurso venha a ser alocado ao uso que gere mais bem-estar. (2005, p. 92).

Ocorre que, “na vida real, direitos de propriedade freqüentemente não são bem definidos e custos de transação raramente são baixos.” (2005, p. 98). Assim, afirma Mueller, “a lei deve dar incentivos para que os agentes ajam da forma que resulte na mesma alocação de recursos que resultaria caso os custos de transação fossem baixos” (2005, p. 99).

Por último, importa ressaltar que falar em desenvolvimento institucional não se reduz apenas às dimensões aqui exemplificadas (proteção da propriedade; sistema de resolução de conflitos eficaz, entre outras), mas envolve diversos aspectos, como aponta Luis Miguel Castilla em estudo sobre o tema, destacando-se: império da lei (abrangendo eficiência do sistema de segurança pública, poder do crime organizado, confiança dos agentes econômicos nos políticos e influência das atividades ilícitas), controle da corrupção, qualidade do marco regulatório (garantia da livre concorrência e dos direitos dos consumidores) e eficiência da

---

<sup>30</sup> Tradução desta autora.

administração pública. Para ele, há ainda outros fatores que medem o desenvolvimento institucional, repercutindo de forma ainda mais direta na esfera econômica, quais sejam: a autonomia dos bancos centrais (favorecendo a estabilidade monetária), uma política fiscal sustentável, a existência de redes de segurança financeira, que protejam os pequenos depositantes e evitem a propagação de crises financeiras, um quadro normativo que proteja os investidores nas sociedades de capital aberto (“governo corporativo”), regras fiscais e orçamentárias que garantam o equilíbrio fiscal e, ao mesmo tempo, a necessária flexibilidade para as decisões governamentais nesta área e, por fim, um quadro regulatório de serviços públicos e um sistema de resolução de conflitos eficiente (2000).

É evidente, ainda, que, assim como o desenvolvimento das instituições jurídicas contribui para o desenvolvimento econômico, a recíproca é verdadeira, daí porque Messick afirma não estar clara a direção de causalidade entre ambos. Da mesma maneira, o desenvolvimento institucional está também diretamente correlacionado ao que se tem chamado de “capital social”, ou seja, o conjunto de atitudes e crenças disseminadas na sociedade em geral (1999, p. 122).

Também Maria Dakolias elucida como o nível de desenvolvimento institucional afeta outros aspectos igualmente importantes do desenvolvimento, levando diversos países a adotarem reformas de seus sistemas judiciais:

Muitos países ao redor do mundo estão implementando reformas na legislação e no Poder Judiciário como parte dos seus programas de desenvolvimento global. Isto resultou do crescente reconhecimento de que o progresso social e econômico não pode ser alcançado de forma sustentável sem a garantia de segurança jurídica, democracia consolidada e efetiva proteção dos direitos humanos, sendo que tudo isso requer um Judiciário que funcione bem e que possa interpretar e garantir o cumprimento das leis de forma equitativa e eficiente. Um Judiciário eficiente é previsível, resolve os casos em um prazo razoável e é acessível ao público. [...] O atraso afeta tanto a justiça quanto a eficiência do sistema judiciário; isso obstaculiza o acesso à justiça, o que, com efeito, enfraquece a democracia, a segurança jurídica e a habilidade de fazer respeitar os direitos humanos. (2007)<sup>31</sup>.

Em outro artigo, a mesma autora ressalta uma vez mais o papel de um sistema eficiente de resolução de conflitos em vários setores, bem como o quanto esse papel tem se tornado mais relevante com a globalização econômica:

Um governo eficiente requer instituições jurídicas que funcionem de forma a contribuir para os objetivos correlatos de promoção do desenvolvimento do

---

<sup>31</sup> Tradução desta autora.

setor privado, estímulo ao desenvolvimento de todas as outras instituições sociais, redução da pobreza e consolidação da democracia. O reconhecimento da necessidade de reforma do Judiciário está crescendo, devido ao crescente reconhecimento de que **as reformas política e do sistema judicial são a chave da reforma do sistema econômico**. Um mercado livre e robusto só pode germinar em um sistema político onde as liberdades individuais e os direitos de propriedade são consensualmente respeitados e onde as reclamações de violações de tais direitos podem ser levadas a tribunais justos e eficientes. [...]

Como as economias da América Latina têm se tornado mais sofisticadas, os conflitos jurídicos daí decorrentes têm demandado mais atenção. A transição de negócios familiares, que não se fundavam nas leis e nos mecanismos formais para resolver conflitos, para transações entre atores que não se conhecem criou a necessidade de um sistema formal de resolução de conflitos. O desenvolvimento de transações mais complexas não é possível, contudo, sem que exista confiança no sistema judicial enquanto árbitro de disputas. De fato, em muitos casos as partes interessadas ficam mais à vontade ‘confiando em laços informais, como os familiares ou pessoais, para fazer negócios.’ Se não for adequadamente abordada, esta relutância em realizar transações com estranhos vai retardar o desenvolvimento econômico e ‘conduzir a uma alocação ineficiente de recursos’. Esta situação adiciona custos e riscos às transações comerciais e reduz o tamanho e, conseqüentemente, a competitividade do mercado. (1995, p. 167-168)<sup>32</sup>.

Em suma, o ambiente institucional define tanto as condições de funcionamento do mercado quanto o quadro de respeito aos direitos dos cidadãos em geral, estando, por essa razão, diretamente ligado ao fortalecimento da democracia, entendida esta em sentido material (como igualdade de oportunidades sociais), e não meramente formal (como igualdade nos direitos políticos).

Daí o impacto do sistema de resolução de conflitos no desenvolvimento econômico de um país, o qual interage com os demais aspectos de uma concepção ampla de desenvolvimento.

### **2.7.5 Políticas públicas de acesso à justiça e os princípios da isonomia e da eficiência: coletivização das demandas e utilização de meios consensuais**

Quando se pensa em aprimoramentos no sistema de resolução de conflitos, dois valores se destacam neste caminho: a) a busca por justiça, que compreende uma aplicação isonômica, portanto desejável e previsível das regras jurídicas de um dado ordenamento; b) a

---

<sup>32</sup> Tradução e grifos desta autora.

busca por eficiência, que garanta que a solução das demandas, além de se configurar de forma adequada, se concretize com o menor custo e no menor tempo possível.

Registre-se que o II Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, firmado em 13 de abril de 2009 pelos chefes dos três poderes em nível federal, inclui, entre um de seus três objetivos básicos, o “aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos”.

Com relação ao primeiro deles, note-se que o mesmo pacto referido prevê, como um dos três instrumentos destinados a incrementar o acesso à justiça, a “revisão da Lei da Ação Civil Pública, de forma a instituir um Sistema Único Coletivo que priorize a ação coletiva para tutela de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, objetivando a racionalização do processo e julgamento dos conflitos de massa”.

Para garantir a implementação do valor isonomia, destaca-se a possibilidade, ainda sub-utilizada, de coletivização de demandas repetitivas. Para instrumentalizar a busca por melhores resultados com maior eficiência, assoma a utilização dos meios consensuais. Passo a discorrer preliminarmente sobre cada um destes instrumentos.

#### 2.7.5.1 Coletivização das demandas que envolvem políticas públicas

Como se sabe, com o escopo de criar instrumentos processuais adequados à proteção dos direitos de segunda e terceira gerações, o legislador infraconstitucional criou, a partir de 1965 <sup>33</sup>, **instrumentos processuais (ações específicas) aptos a tutelar os direitos dos quais é titular toda uma coletividade**. O tema ganhou força a partir da Constituição de 1988, não apenas porque esta criou uma série de direitos tuteláveis idealmente (ou apenas) sob a forma coletiva, mas também pelo fortalecimento institucional do Ministério Público operado pela nova Carta, este que, desde a lei da ação civil pública, tem sido o maior protagonista na proteção judicial dos interesses de índole coletiva. Novos (e bons) ventos sopraram sobre o tema com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, que promoveu diversas alterações na tutela coletiva de direitos, tanto mediante as alterações que operou na legislação

---

<sup>33</sup> A primeira ação criada especificamente para a proteção de interesses coletivos no direito brasileiro foi, de fato, a ação popular, instituída pela Lei 4.717/65, ainda que pouco tenha sido utilizada na prática. Mais eficaz foi a criação da ação civil pública pela Lei 7.347/85, com a previsão, pela primeira vez, da legitimação do Ministério Público e outros entes para a proteção dos chamados direitos coletivos e de procedimento específico em juízo.



da ação civil pública, quanto mediante as famosas definições das categorias de interesses coletivos <sup>34</sup>. Note-se que o tema em comento atine apenas à proteção na esfera civil (prevenção e reparação de danos patrimoniais e extrapatrimoniais), pois, na esfera penal, as ações sempre foram públicas, e a esfera administrativa também comporta sanções próprias, aplicáveis ao final de procedimento administrativo contraditório, porém sujeito a eventual revisão do Judiciário, caso provocado.

Ana Paula de Barcellos defende, como vários outros doutrinadores (v.g., Daniel Sarmento e Oscar Vilhena Vieira), que as discussões em sede de controle jurisdicional de políticas públicas atinentes a direitos fundamentais se deem preferencialmente em ações coletivas. Frise-se que, em relação a determinados direitos, a tutela coletiva é a única possível (ao menos na forma específica, não ressarcitória). Ela nos dá o exemplo do saneamento básico, diretamente relacionado à proteção da saúde, constituindo, contudo, um serviço que não se pode isolar, em relação a cada indivíduo dele beneficiado. Além disso, não se trata de um serviço que possa ser explorado por mais de um ente. “Trata-se de um monopólio natural: a convivência de duas estruturas de saneamento, atendendo a mesma região, não é possível ou plausível.” (2002, p. 287).

Deve-se registrar, todavia, que, após a promulgação da legislação da ação civil pública, uma controvérsia que se colocou, a nível infraconstitucional, dizia respeito à legitimidade do Ministério Público nas ações coletivas criadas para a proteção civil dos interesses transindividuais, concerne à possibilidade ou não de propositura por este de ação civil pública em defesa dos chamados direitos individuais homogêneos. Sendo estes perfeitamente divisíveis e tuteláveis mediante ações individuais, não faltou quem defendesse, na doutrina e na jurisprudência, que os interesses individuais homogêneos não seriam defensáveis pelo Ministério Público, ao qual somente caberia a proteção dos interesses difusos e coletivos em sentido estrito.

A doutrina mais avançada sobre o tema (inclusive juristas que participaram na elaboração do Código de Defesa do Consumidor) desde cedo se posicionou no sentido de que a tutela coletiva abrangeria, em qualquer caso, os interesses individuais homogêneos, já que

---

<sup>34</sup> O CDC (Lei 8.078/90) inovou em nosso ordenamento ao categorizar os interesses coletivos em três classes: a) direitos difusos, caracterizados por origem fática comum e titularidade indeterminada; b) direitos coletivos em sentido estrito, caracterizados pela existência de um liame jurídico comum entre seus titulares; c) direitos individuais homogêneos, caracterizados por origem fática ou jurídica comum e titularidade determinada (artigo 81).

esta era a interpretação mais consentânea com o princípio do acesso à justiça, do qual a própria criação de mecanismos de tutela coletiva seria uma expressão. No mesmo sentido acabou se firmando a jurisprudência predominante nos tribunais superiores <sup>35</sup>.

Note-se, aqui, como assinalam diversos juristas que se debruçaram sobre a controvérsia <sup>36</sup>, que, na realidade, a maior parte das situações de lesão a direitos de feição coletiva acaba por afetar mais de uma categoria de direitos. Na área ambiental, por exemplo, é evidente que um acidente envolvendo poluição de um curso d'água afetará não apenas o direito difuso a um ambiente sadio e equilibrado como também poderá ocasionar lesões individuais distintas àqueles que venham a adoecer ou mesmo a falecer em razão de consumo ou utilização daquela água poluída, o que caracterizaria a violação a direitos individuais homogêneos.

Parece evidente que razões de **economia processual** ou, se assim se preferir, de **racionalidade jurisdicional** (prevenindo a multiplicação de ações com idêntico objeto), de **respeito à isonomia** (evitando decisões discrepantes) e **facilitação do acesso à proteção jurisdicional** (mormente tendo em conta que o maior número de vítimas deste tipo de ilícito normalmente está nas parcelas populacionais mais frágeis econômica, social e culturalmente) recomendam fortemente que a **proteção de direitos individuais homogêneos também se faça mediante ações coletivas**. Considerando que o Ministério Público é o legitimado ativo que mais propõe ações civis públicas (em quantidade muito superior a todos os demais legitimados juntos) e que estas representam quase a totalidade das ações propostas visando a tutela dos interesses coletivos, é evidente que convém permitir que em uma única ação se realize a tutela de todas as categorias de interesses coletivos violados com um ato ilícito <sup>37</sup>.

Por esta razão, a nosso ver, **ainda que ocorra eventual situação de propositura de ação individual a fim de tutelar direito individual homogêneo, deve o julgador, caso**

---

<sup>35</sup> Para um inventário das primeiras decisões e posicionamentos doutrinários, vide: TEPEDINO, Gustavo. A questão ambiental, o Ministério Público e as ações civis públicas. **Atualidades Forense**. Disponível em <http://www.forense.com.br/atualida/342dou07.htm>. Acesso em 25.11.98, p. 7 e ss.

<sup>36</sup> Ver, por exemplo, Gustavo Tepedino, *op. cit.*, p. 7 (“não seria exagero afirmar que, em termos práticos, as lesões a interesses coletivos ou difusos normalmente implicam a configuração de interesses individuais homogêneos, sendo muito difícil isolar cada uma dessas espécies de interesses”) e Geisa de Assis Rodrigues: “é muito comum que o compromisso verse sobre mais de um tipo de direito transindividual.” (2006, p. 181).

<sup>37</sup> Neste sentido se posicionam ambos os autores já citados, valendo transcrever as lições de Geisa Rodrigues: “Justifica-se a defesa de direitos individuais homogêneos porque, a despeito da essência tipicamente individual de cada direito, a sua incidência e relevância social os qualificam como uma massa de lesão advinda de uma mesma origem, que reclama, justamente por isso, uma tutela coletiva. A tutela individual não é abandonada, mas com certeza não é capaz de propiciar a adequada cognição desse tipo de demanda.” (2006, p. 181).

**verifique que o dano causado atingiu uma categoria significativa de pessoas, comunicar o fato ao Ministério Público**, a fim de que este, se assim entender cabível, passe a integrar o polo ativo como litisconsorte, podendo aditar o pedido inicial, de maneira que a **decisão proferida neste processo venha a beneficiar todos aqueles que também estão ameaçados ou foram lesados pelo mesmo ilícito** (potencial ou consumado) que constitui a causa de pedir da ação.

Um outro aspecto que merece ser salientado diz respeito à prioridade que deve ser dada à tutela preventiva. Por evidente, tal tutela preventiva há de ser mais eficazmente exercida por intermédio da ação fiscalizatória do órgão público (quando o autor for um particular) ou da instauração do inquérito civil público pelo Ministério Público visando apurar a ocorrência de ilícito (seja por particular, seja pelo Poder Público), as quais, idealmente, devem culminar na celebração de um termo de ajustamento de conduta, nos termos preconizados pelo artigo 5º, § 6º, da Lei 7347/85 (exceto, evidentemente, se não for constatado ao final nenhum ilícito ambiental). Como muito bem salienta Geisa Rodrigues, “O ajuste de conduta melhor desempenha o seu papel quando previne a ocorrência do dano, ou quando é firmado enquanto a reparação integral é possível.” (2006, p. 295). Naturalmente, ainda que a solução consensual não seja atingida na esfera extrajudicial, deve-se continuar buscando evitar a consumação do ilícito, desta vez em juízo. Trata-se da chamada “tutela inibitória”, muito bem definida por Marinoni <sup>38</sup> e delimitada por Sérgio Cruz Arenhart em sua feição coletiva <sup>39</sup>.

Para Sérgio Arenhart, “as demandas coletivas acabam assumindo o papel de verdadeiro instrumento de democracia participativa”, sendo “inquestionável o poder que estas ações civis públicas têm para determinar alterações em condutas daqueles que, eventualmente, são postos no pólo passivo desta espécie de demanda” (2007, p. 1).

O fato é que, ao submeterem ao Judiciário o litígio tal como ele realmente é, ou seja, consequência de alguma possível deficiência na formulação ou implementação de uma

---

<sup>38</sup> Além de produzir obra dedicada exclusivamente ao tema, registre-se que Marinoni também desenvolveu estudo voltado especificamente à tutela inibitória do ilícito ambiental: MARINONI, Luiz Guilherme. O Direito Ambiental e as ações inibitória e de remoção do ilícito. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 8, n. 272, 5 abr. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?d=5044>. Acesso em 31.3.2008.

<sup>39</sup> O autor afirma, em seu aprofundado estudo, ser “possível concluir que o direito brasileiro dispõe de suficientes mecanismos para a adequada tutela inibitória dos interesses coletivos.” **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 427.

política pública, as ações coletivas revelam o potencial de ser buscada uma real solução para o problema. Outros requisitos, porém, são necessários, como se verá no último capítulo.

#### **2.7.5.2 Eficácia dos meios consensuais na redução de custos e duração do conflito, bem como na qualidade da solução obtida**

Como se verá com mais vagar nos próximos capítulos, uma das vantagens sempre lembradas quando se pensa na utilização de um meio consensual, seja ele a simples conciliação, seja ele a mediação, para resolver um conflito, é o efeito temporal significativo que se obtém com a abreviação da demanda.

Não menos lembrado também – e diretamente associado à redução na duração do processo – é o efeito de reduzir os gastos incorridos pelas partes e pelo sistema judicial até que se obtenha a solução definitiva do conflito.

Neste compasso, é bom lembrar que a previsão expressa do princípio da razoabilidade na duração do processo no rol de direitos e garantias do artigo 5º. da Constituição Federal, por força da Emenda Constitucional 45, de 2004, somente teve o condão de incluir a garantia no texto constitucional <sup>40</sup>, já que, como lembra Horácio Wanderlei Rodrigues (2010, p. 226), o Brasil já havia incorporado à nossa ordem jurídica dispositivo de teor similar, constante do artigo 8º., item 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, que foi ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 e promulgado pelo Decreto nº. 678, de 9 de novembro do mesmo ano), o qual estabelece:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e **dentro de um prazo razoável**, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (destaquei).

Ao discorrer sobre esse dispositivo, em trabalho que consiste na publicação de sua tese de Doutorado, Danielle Annoni aponta que “O que pretendeu o legislador foi assegurar que o processo, **não importa qual**, dure somente o tempo necessário à composição das partes, assegurando, para tanto, todo e qualquer meio necessário à celeridade processual.”

---

<sup>40</sup> Ressalte-se que o *status* constitucional da garantia já existia, de todo modo, por força do que dispunha o parágrafo 2º. do artigo 5º. antes da promulgação da referida emenda.

(2008, p. 296 - grifei). Assim, assevera ela, “a redação do texto constitucional é clara no intuito de assegurar os meios à efetividade do direito ora consagrado, podendo tratar-se de meios de ordem judicial, administrativa ou extrajudicial.” (2008, p. 296). E prossegue:

[...] pela disposição constitucional, seu espírito e intenção, é possível afirmar que novos meios de resolução de conflitos foram legitimados pelo princípio *fundamental* da celeridade processual, bastando, tão-somente, ao legislador dar-lhes vida e instrumentos eficazes à resolução dos conflitos sociais, dentre os quais a mediação e a arbitragem exercem papel de destaque. (2008, p. 297 – grifo da autora)

Não obstante seja inegável o impacto da utilização dos meios consensuais na redução do prazo para solução da controvérsia, é oportuno salientar também, desde logo, que uma das maiores vantagens de se viabilizar o caminho consensual é o fato de permitir que as partes envolvidas construam uma solução efetivamente compatível com seus legítimos interesses e necessidades – a qual, se pode (e algumas vezes, deve, como no caso dos conflitos envolvendo entes públicos) ter em conta parâmetros jurídicos, propicia, além de uma criativa interpretação conjunta da norma, que sejam levados em conta também outros interesses legítimos que as normas jurídicas aplicáveis eventualmente não foram capazes de captar.

É evidente que a obtenção de tais vantagens depende da estruturação adequada de sistemas de utilização de meios consensuais. A pesquisa empírica realizada, que se encontra descrita nos apêndices, permitiu constatar uma imensa variedade de formatos nestes programas.

Para assegurar, porém, que o incremento na agilidade, na economia e na qualidade dos resultados obtidos seja efetivamente a consequência advinda do emprego de meios consensuais para solução de controvérsias, cumpre aos programas que os utilizem incluir sistemas de planejamento e avaliação de seus resultados.

O que esta pesquisa buscou averiguar, como se verá, é justamente se, para além de meras expectativas, os resultados obtidos com a utilização da mediação e métodos afins, notadamente nos conflitos que, por envolverem entes públicos, acabam por afetar direitos fundamentais, de fato correspondem às vantagens preconizadas por estes métodos. Por ora, passo a esmiuçar, no próximo capítulo, em que consistem a mediação e outros métodos consensuais de resolução de conflitos.

### III – EFICÁCIA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tendo em vista que a grande maioria dos conflitos envolvendo entes públicos (com ênfase nos mais complexos, relevantes e que atingem maior número de pessoas) dizem respeito, em maior ou menor grau, à efetividade de direitos fundamentais, este capítulo buscará:

- a) esclarecer se é possível ou não divisar, em relação a tais direitos, distintos graus de eficácia jurídica, ou seja, distintos graus de possibilidades de tutela judicial;
- b) delimitar critérios e limites para a tutela judicial de tais direitos, caso seja reconhecida legitimidade ao Judiciário para decidir conflitos atinentes a direitos fundamentais que dependem da formulação e execução de políticas públicas;
- c) estabelecer se é possível responsabilizar o Estado pela omissão na tutela de tais direitos, sempre que não for mais viável garantir a sua tutela específica <sup>41</sup>.

#### 3.1 Conceito e categorias de direitos fundamentais: o princípio da interdependência

Para Ana Paula de Barcellos,

[...] os direitos fundamentais formam um consenso mínimo oponível a qualquer grupo político, seja porque constituem elementos valorativos essenciais, seja porque descrevem exigências indispensáveis para o funcionamento adequado de um procedimento de deliberação democrática. [...] a Constituição é norma jurídica central no sistema e vincula a todos dentro do Estado, sobretudo os Poderes Públicos. E, de todas as normas constitucionais, os direitos fundamentais integram um núcleo normativo que, por variadas razões, deve ser especificamente prestigiado. (2002, p. 9-10).

Trata-se do conceito de direitos fundamentais que proponho adotar.

É preciso notar que os direitos fundamentais possuem **eficácia negativa**, a qual impede violações aos mesmos por parte de terceiros, e **eficácia positiva**, a qual obriga

---

<sup>41</sup> Boa parte do conteúdo deste capítulo já foi por mim abordada em outro trabalho, intitulado “Acesso à justiça e o papel do Judiciário no Estado de Bem-Estar social: o problema da omissão na concretização de direitos fundamentais”, publicado na obra coletiva “Jurisdição: crise, efetividade e plenitude institucional”, coordenada por Luiz Eduardo Gunther (Curitiba: Juruá, 2009, p. 449-486). A parcela do texto que provém daquele trabalho foi, porém, devidamente revista, atualizada e complementada para fins de inserção nesta tese.

terceiros (normalmente entes públicos) a agirem tendo em vista sua realização. Quanto a esta última, contudo, existem autores que questionam a possibilidade de sua discussão em juízo.

O entendimento que acolho é aquele da corrente de autores que reconhece a justiciabilidade da eficácia negativa e positiva de todos os direitos fundamentais. Entretanto, como dito, este posicionamento não é unânime na doutrina constitucionalista. Se, por um lado, posições mais avançadas vêm defendendo a possibilidade de controle difuso e concreto da omissão inconstitucional <sup>42</sup>, mediante o qual o órgão julgador aplicaria diretamente ao caso trazido à sua apreciação a norma constitucional carente de regulamentação, desde que ela envolva um direito fundamental, a partir de uma análise das circunstâncias envolvidas e utilizando-se da teoria dos princípios constitucionais <sup>43</sup>, há teóricos que afirmam que os direitos sociais, econômicos e culturais não poderiam ser levados a juízo.

De fato, existe uma grande diferença de complexidade quando se pensa na justiciabilidade da eficácia negativa ou da eficácia positiva dos direitos fundamentais.

Se a possibilidade de submeter ao Judiciário conflitos envolvendo direitos fundamentais se afigura sem muita dificuldade no que se refere ao seu aspecto negativo (não apenas dos direitos fundamentais clássicos, chamados por Bobbio de direitos de primeira geração <sup>44</sup>, por Robert Alexy de “direitos de defesa” e por Jellinek de “direitos negativos”, pois os direitos de segunda e terceira gerações também podem ser violados por **ações inconstitucionais**), esta mesma possibilidade enfrenta diversos obstáculos teóricos e fáticos a dificultar sua realização no que tange ao seu **aspecto positivo**. Da mesma forma, esta dificuldade existe para qualquer direito fundamental, não apenas os assim chamados **direitos a prestações**, direitos sociais, econômicos e culturais ou **direitos prestacionais em sentido**

---

<sup>42</sup> Sobre o conceito de omissão inconstitucional, recorro à definição direta e objetiva de Flávia Piovesan: “inconstitucionalidade por omissão é inconstitucionalidade negativa, que resulta da abstenção, inércia ou silêncio do poder político que deixa de praticar determinado ato exigido pela Constituição.” (2003, p. 90).

<sup>43</sup> Um bom exemplo de trabalho neste sentido é a dissertação de Mestrado de Sérgio Fernando Moro, **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**, defendida na UFPR em 2000. No direito português, Jorge Pereira da Silva formula, com bastante consistência, uma proposta semelhante (**Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**).

Note-se, ainda, que a doutrina é praticamente unânime no reconhecimento de uma eficácia mínima de todos os direitos fundamentais. É o que leciona Celso Antônio Bandeira de Mello: “Todas as normas constitucionais atinentes à Justiça Social – tenham a estrutura tipológica que tiverem – surtem, de imediato, o efeito de compelir os órgãos estatais, quando da análise de atos ou relações jurídicas, a interpretá-los na mesma linha e direção estimativa adotada pelos preceitos relativos à Justiça Social. Assim, tanto o Executivo, ao aplicar a lei, quanto o Judiciário, ao decidir situações contenciosas, estão cingidos a proceder em sintonia com os princípios e normas concernentes à Justiça Social.” (1981, p. 255).

<sup>44</sup> Na clássica **A era dos direitos**. No Brasil, entre outros, Ingo Wolfgang Sarlet (**A eficácia dos direitos fundamentais**), prefere falar em “direitos de primeira dimensão” (1998, p. 47).

**estrito**, definidos por Alexy como aqueles cuja realização se pode, mediante pagamento, obter de particulares, se houver a disponibilidade de oferta e se se dispuser dos recursos necessários para tanto (1993, p. 482), pois os direitos fundamentais de primeira geração também possuem aspecto positivo, como será demonstrado mais adiante.

Muito do que se tem escrito a respeito passa por uma suposta distinção de regime jurídico, no que diz respeito à eficácia ou à justiciabilidade, entre os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) e os direitos de segunda e terceira gerações, consistentes, a grosso modo, nos direitos sociais, econômicos e culturais.

Esta teoria sustenta, basicamente, que os direitos civis e políticos, por exigirem apenas uma abstenção por parte do Estado, seriam direitos sem custos e, portanto, sua sindicabilidade em juízo seria ilimitada, ao passo que os direitos sociais, econômicos e culturais seriam direitos que exigiriam sempre um dever de agir por parte do Estado, que para garanti-los, portanto, deveria dispender recursos com a organização dos serviços públicos necessários. Como bem resume Ana Paula de Barcellos, “as ações estatais capazes de realizar os direitos fundamentais em questão envolvem, em última análise, decisões acerca do dispêndio de recursos públicos.” (2002, p. 10).

Existem vários equívocos, porém, na visão de que apenas determinados direitos envolveriam gastos públicos. O primeiro equívoco envolve o aspecto negativo dos direitos fundamentais e reside na suposição de que o único destinatário dos direitos fundamentais seria o Estado. Como se sabe, os direitos fundamentais são universais em seu polo ativo, isto é, quanto à sua titularidade. Não se costuma lembrar, todavia, que, embora não exista um dever universal concernente à sua proteção, garantia e promoção (deste dever, efetivamente, o único titular é o Estado), os direitos fundamentais também são universais no polo passivo no que concerne ao dever de respeito, isto é, tampouco os particulares podem afrontar os direitos fundamentais uns dos outros – este, aliás, o problema fundamental da colisão entre direitos fundamentais. É o que tem sido chamado de “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, ou seja, a obrigatoriedade de respeitá-los, de não violá-los, que existe por parte de todas as pessoas físicas e jurídicas.

Reconhecendo-se, assim, que existe o dever de respeito a todos os direitos fundamentais também por parte dos particulares, é forçoso reconhecer a possibilidade fática de sua violação – e isto inclui os direitos fundamentais de primeira geração. Por conta da



possibilidade real de violação de direitos fundamentais por particulares, é que se verifica que os direitos fundamentais “de primeira geração” também possuem aspecto positivo, pois o Estado é titular dos chamados “deveres de proteção” para garantir o respeito a tais direitos, deveres que se consubstanciam na obrigatoriedade de construir o aparato fiscalizatório para evitar sua violação, assim como um aparato repressivo para sancioná-la. E aí se incluem desde órgãos executivos de fiscalização (no Brasil, por exemplo, os órgãos de segurança pública, cujas atribuições incluem a proteção de diversos direitos fundamentais de primeira geração, como a vida, a honra, a integridade física, a propriedade, etc.) até o próprio Poder Judiciário (o qual, evidentemente, não tem esta como sua função exclusiva, já que julga também conflitos envolvendo o Poder Público e, da mesma forma, conflitos que não envolvem direitos fundamentais), em suas competências de aplicar sanções penais e rever sanções administrativas. Naturalmente, a implementação destes deveres de proteção tem custos – e, no caso dos direitos fundamentais de primeira geração, estes custos não são, de modo algum, insignificantes ou sequer inferiores aos custos de implementação dos direitos prestacionais, como demonstram Sunstein e Holmes em seu levantamento sobre os gastos do governo americano na proteção de diversos direitos fundamentais, que consta no anexo à obra “The cost of rights”.

O segundo equívoco reside em supor que os direitos sociais, econômicos e culturais teriam apenas eficácia positiva, quando, na realidade, estes também podem ser violados por ações tanto do Estado quanto de particulares.

Neste sentido já escreveu João dos Passos Martins Neto, apontando o desacerto do pensamento tradicional que enquadra os direitos individuais como direitos a abstenções e os direitos sociais como direitos a prestações:

[...] qualquer que seja o parâmetro de reflexão, a começar pela filosofia política do socialismo não-marxista, passando pela história das primeiras Constituições sociais do século XX, até a sistemática do direito constitucional brasileiro vigente, o enquadramento dos *direitos sociais* como *direitos de prestação positiva contra o Estado* é irremediavelmente inexato. Os direitos fundamentais de natureza trabalhista, que, desde a carta encíclica *Rerum novarum* de 1891 à Constituição do Brasil de 1988, foram catalogados entre os *direitos sociais*, são, em grande número, *direitos de abstenção*, ao modo dos *direitos liberais* em geral, e não têm necessária nem exclusivamente, como sujeito passivo da relação jurídica de direito material, o poder público. (2003, p. 175).

Em realidade, como sustenta com propriedade o professor em questão, “entre os *direitos sociais* podem existir tanto *direitos de abstenção* como *direitos de prestação*, e o interesse prático da constatação está em que essa cisão em dois grupos repercute, naturalmente, sobre os respectivos modos de satisfação.” (2003, p. 178).

Ademais, como ressalta Clèmerson Clève, “a Constituição Federal de 88 não autoriza, em virtude de disposição expressa, nenhuma distinção de regime entre os direitos sociais e os direitos, garantias e liberdades, como acontece, por exemplo, na Constituição portuguesa.” (2003, p. 295).

Os professores e pesquisadores argentinos Víctor Abramovich e Christian Courtis, que realizaram extensa pesquisa sobre o tema no direito comparado, situam muito bem a questão:

[...] la estructura de los derechos civiles e políticos puede ser caracterizada como un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares. [...]

los derechos económicos, sociales y culturales también pueden ser caracterizados como un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque en este caso las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos. (2004, p. 24-25).

E demonstram que, assim como os direitos de primeira geração têm aspectos positivos, do mesmo modo os direitos de segunda geração têm aspectos negativos:

[...] el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación de un medio ambiente sano implica la obligación de no destruir el medio ambiente. (2004, p. 25).

Assim, concluem eles: “las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado, más que diferencias sustanciales.” (2004, p. 25), de modo que nada justifica um tratamento diferenciado quanto à justiciabilidade baseado apenas no conteúdo do direito.

Como muito bem resume Nagibe de Melo Jorge Neto, “todo direito fundamental exige a intervenção estatal, a implementação de políticas públicas e o gasto público para que seja minimamente observado.” (2008, p. 40).

No mesmo compasso as lições de Miguel Carbonell, demonstrando a inexistência das supostas diferenças estruturais entre os direitos individuais (civis e políticos) e os sociais:

[...] solamente los derechos sociales requieren de la expedición de leyes secundarias que los detallen?, no pasa lo mismo con la libertad de expresión a través de la tutela penal del honor y la regulación del secreto profesional?, no requieren de leyes secundarias la libertad de trabajo, la libertad de educación, la libertad de imprenta, la libertad de asociación, la libertad religiosa o el principio de no discriminación? <sup>45</sup>.

Sunstein e Holmes denunciam o caráter ideológico desta visão de que os direitos civis e políticos seriam “gratuitos”, ao passo que os direitos sociais, econômicos e culturais seriam os únicos a pesar sobre o bolso dos contribuintes:

Muitos conservadores agarram-se instintivamente a uma abordagem da proteção dos assim chamados direitos negativos de propriedade e contrato que seja cega aos custos, porque evidenciá-la abalaria a ficção liberal de que os indivíduos que exercitam os seus direitos, no sentido clássico do século XVIII, estão apenas lidando com seus próprios negócios, de forma imaculada e independente da comunidade de contribuintes. Os custos para os cofres públicos dos direitos relacionados ao Estado Liberal mostram, entre outras coisas, que o ‘lucro privado’, tal como o conhecemos, existe apenas graças às instituições governamentais. Aqueles que atacam os programas de bem-estar social a princípio deveriam ser encorajados a encarar o óbvio – nomeadamente, que a definição, proteção e fiscalização da propriedade privada é um serviço público desenvolvido unicamente para aqueles que atualmente são proprietários, às custas de recursos de todos os contribuintes. (1999, p. 29) <sup>46</sup>.

Fica evidente, pois, que determinados direitos fundamentais acabam revelando caráter nitidamente classista, ou seja, possuem como destinatários potenciais classes sociais bastante distintas. Por exemplo, o direito à moradia ou à educação, para as classes mais desfavorecidas, se não forem garantidos pelo Estado, simplesmente não serão usufruídos pelas pessoas que estão nessa condição. Já o direito à inviolabilidade das comunicações, o direito a não ter sua propriedade confiscada ou o direito à inviolabilidade domiciliar adquirem relevância muito maior para os detentores de significativo patrimônio e de informações estratégicas, isto é, os integrantes das classes sociais mais abastadas.

---

<sup>45</sup> Breves reflexiones sobre los derechos sociales. Conferência proferida no Seminário Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, realizado em Tlatelolco, México, em agosto de 2005. Prossegue ele, mais adiante, analisando agora a questão dos custos: “también los derechos de libertad requieren, para poder tener relevancia práctica y no quedar como buenos deseos contenidos solamente en el texto de las constituciones, de actuaciones positivas del Estado, las cuales conllevan en no pocas ocasiones importantes erogaciones económicas; conjugan por tanto obligaciones de **no hacer** y obligaciones de **hacer** para las autoridades. [...] Por otro lado, hay sectores de los derechos sociales que entrañan libertades en sentido estricto, como por ejemplo el derecho de huelga o la libertad sindical, que frente a las autoridades generan obligaciones de no hacer, de abstención y de respeto [...]; en una situación parecida se encuentran aquellos derechos de los trabajadores que no requieren *prima facie* de prestaciones del Estado para poder ser realizados, como el derecho a un día de descanso semanal, la limitación de la jornada laboral o el derecho a las vacaciones.”

<sup>46</sup> Tradução desta autora.

É necessário ainda ressaltar, em definitivo, que, na distribuição de recursos públicos escassos, o aparato estatal como um todo tem, muitas vezes, privilegiado a proteção de direitos de cunho não fundamental ou ainda de direitos fundamentais que são inacessíveis para a maior parte da população, em detrimento da universalização de direitos concernentes àquilo que se tem chamado de mínimo existencial.

Assim, embora a relevância da proteção dos direitos que ficaram conhecidos como de primeira geração seja inegável, já que a defesa da liberdade está voltada a propiciar, em última instância, a garantia de realização do potencial de cada ser humano, há muito se reconhece que a garantia da liberdade é mera ficção se não for assegurado a todos um mínimo de igualdade, a famosa “igualdade de oportunidades”, pela qual todo ser humano tenha suas necessidades básicas garantidas. Dessa ideia-chave, carregada de inegável veracidade <sup>47</sup>, decorreu a formulação, na doutrina internacionalista, do **princípio da indivisibilidade ou da interdependência entre os direitos humanos**, princípio que ainda não foi devidamente assimilado pela doutrina constitucional que se debruça sobre o tema da proteção dos direitos fundamentais, com raríssimas exceções. Tal princípio, além de reconhecido pela doutrina de direito internacional, está positivado em diversos pactos ratificados pelo Brasil <sup>48</sup>, e, como já escrevi em outro trabalho, além de significar que as diferentes categorias de direitos fundamentais são interdependentes, aponta para a inferência de que os direitos sociais, econômicos e culturais possuem, em face dos direitos individuais, um caráter instrumental, no sentido de que a garantia daqueles é condição *sine qua non* ao exercício destes. É o que bem aponta Agustín Gordillo:

---

<sup>47</sup> Já escrevi sobre o tema na obra “Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais”: “Alguns exemplos singelos podem tornar cristalina a questão. Como se pode falar, na prática, em exercício consciente do direito de voto sem que tenha sido garantido o direito à educação? Que liberdade de manifestação do pensamento tem um analfabeto? A garantia efetiva do direito à educação, pode-se dizer, é um pressuposto da própria democracia. O mesmo se pode dizer do direito à saúde, que é, na realidade, um pressuposto de todos os demais. Que direito ou liberdade pode ser exercitado por aquele que, acometido de uma grave doença, não pode ter acesso ao necessário tratamento? Em casos extremos, sequer o direito à vida...” (2004, p. 23).

<sup>48</sup> Um exemplo é o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador), ratificado pelo Decreto Legislativo 56, de 19.4.1995, o qual afirma em seu preâmbulo: “Considerando a estreita relação que existe entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos, por motivo de as diferentes categorias de direitos constituírem um todo indissolúvel que tem sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, razão pela qual exigem tutela e promoção permanente, com o objetivo de conseguir sua plena vigência, sem que jamais possa justificar-se a violação de uns a pretexto da observação de outros.” Mais adiante, ainda no preâmbulo, afirma o texto do mesmo instrumento normativo: “Recordando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, só pode tornar-se realidade o ideal do ser humano livre, isento de temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como de seus direitos civis e políticos.”

Se exacerbamos os direitos individuais em detrimento extremo dos sociais (por exemplo, negando a possibilidade de expropriar terras para realizar uma reforma agrária), estaremos desvirtuando o Estado de Bem-Estar; e se exacerbamos os direitos sociais em prejuízo excessivo e não razoável dos direitos individuais, estaremos violando o regime do Estado de Direito. (1977, p. 78).

Também é este o entendimento de Anderson Lobato:

[...] a dicotomia aparente entre, por um lado, os direitos de primeira e segunda geração, isto é, direitos civis e políticos, que demandariam uma atitude abstencionista por parte do Estado – direitos de natureza negativa; e, por outro lado, os direitos da terceira geração, ou seja, direitos econômicos, sociais e culturais, que, contrariamente, demandariam uma atitude promotora do Estado – direitos de natureza positiva, [...] pode e deve ser superada pelo reconhecimento da **indivisibilidade e interdependência de todos os direitos fundamentais**. (1994-1995, p. 119).

Anote-se ainda que, para Flávia Piovesan, o fato de a Constituição de 1988 ter, pela primeira vez, incluído os direitos sociais no título que trata dos direitos fundamentais, implica em que “a Carta de 1988 acolhe o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pelo qual o valor da liberdade se conjuga com o valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade” (2007, p. 34).

A realização dos direitos relacionados ao valor igualdade é, assim, pré-condição para o desfrute dos direitos concernentes à liberdade <sup>49</sup>. Trata-se de verdadeiros **direitos instrumentais** em relação aos primeiros. Ferrajoli discorre com precisão a respeito: “las garantías de los derechos de libertad (o ‘derechos de’) aseguran la igualdad formal o política. Las garantías de los derechos sociales (o ‘derechos a’) posibilitan la igualdad sustancial”. Assim, para o jurista italiano, “los derechos del primer tipo son derechos a la diferencia, es decir, a ser uno mismo y a seguir siendo personas diferentes de las demás; los del segundo son derechos a la compensación de las desigualdades” (1995, p. 907). Em suma, “el derecho a la igualdad puede ser concebido, en efecto, como un meta-derecho tanto con respecto a la libertad asegurada por los derechos de libertad como a la fraternidad prometida con los derechos sociales.” (1995, p. 908).

Por outro lado, os recursos financeiros para a realização de tais direitos provêm da tributação e esta – que constitui evidente limitação ao direito de propriedade – incide em

---

<sup>49</sup> Para Marcos Gómez Puente, “la función del legislador respecto de los derechos fundamentales no puede mantener una actitud abstencionista [...]. La abstención pública se ve impedida no sólo por la aparición de derechos sociales [...] sino que, en el Estado social, los derechos de libertad exigen también la creación de las condiciones sociales y económicas que hacen de los derechos fundamentales, de éstos y de aquéllos, realidades efectivas.” (1997, p. 47).

maior grau justamente sobre os bens e rendas daqueles que não dependem do Poder Público para usufruir de tais direitos. Ressalta, assim, já num primeiro momento, o conflito entre direitos de propriedade e os direitos fundamentais a prestações. Aparentemente teríamos aqui um conflito entre direitos fundamentais.

Entretanto, veremos que, à luz da teoria garantista de Luigi Ferrajoli, o direito de propriedade, ainda que incluído no catálogo de direitos fundamentais, quando entendido com referência a (um) bem(ns) concreto(s), não se tipifica como um direito fundamental. Ressalta ele: “Es del todo evidente la diversidad entre las **diferencias** de identidad tuteladas por los derechos fundamentales y las **desigualdades** jurídicas expresadas por las situaciones” (1995, p. 910 – grifos do autor). Direitos fundamentais, para ele, podem ser definidos como “aquellos derechos cuya garantía es igualmente necesaria para satisfacer el valor de las personas y para realizar su igualdad.” (1995, p. 908) <sup>50</sup>. Os direitos de propriedade podem, isto sim, ser definidos como direitos subjetivos, mas jamais como direitos fundamentais, já que são evidentemente disponíveis, negociáveis, o que por si só já os distingue dos direitos fundamentais. Direito fundamental é, isto sim, o **direito à propriedade**.

Assim, o que teremos, em realidade, é um **conflito fático entre os comandos constitucionais que determinam a universalização de determinados direitos (as normas definidoras de direitos fundamentais), e a necessidade**, não enfrentada de modo satisfatório pelos Poderes Executivo e Legislativo, **de obter recursos suficientes para esse fim**. Essa obtenção de recursos, por evidente, se faz mediante a **tributação, afetando, portanto, os direitos (não fundamentais) dos proprietários ou, melhor dizendo, o seu patrimônio, já que inexiste direito a não ser tributado** <sup>51</sup>, havendo apenas direito fundamental a ser tributado com respeito às garantias constitucionais (princípio da legalidade, da capacidade contributiva, da anterioridade, da vedação do confisco, etc).

---

<sup>50</sup> Frise-se que Ferrajoli formulou um polêmico conceito formal de direitos fundamentais como direitos universais e indisponíveis atribuídos às pessoas em função de sua condição de seres humanos, de cidadãos ou de civilmente capazes, mas neste trecho de sua “teoria geral do garantismo”, ele se rende a um conceito material, que nos parece extremamente adequado, a par de sua aparente simplicidade.

<sup>51</sup> Ressalvadas, por evidente, as hipóteses de imunidades constitucionalmente previstas (artigos 150, IV, 153, § 4º, II, 155, § 2º, X e § 3º, 156, § 2º, I, 184, § 5º e 194, § 7º), bem como as situações de isenção que venham a ser criadas por lei, desde que justificada a discriminação, ou seja, desde que o critério para a concessão da isenção não viole o princípio da isonomia, em sua dimensão material.

Também merece uma referência, em tema de eficácia dos direitos fundamentais, a teoria das normas programáticas, que, no Brasil, foi explorada com maestria por Regina Ferrari em sua tese de Doutorado, na qual a autora conclui:

As normas programáticas participam da mesma natureza das outras integrantes de um diploma constitucional rígido, isto é, são normas jurídicas que compartilham da mesma hierarquia [...]

As normas de conteúdo programático ora determinam um princípio, ora uma tarefa, ora um fim ou objetivo a atingir, cuja realização depende da liberdade de escolha dos meios conveniente e razoavelmente adequados.

É necessário dar a maior efetividade possível para as normas programáticas, mediante adequada compreensão de sua força jurídica, para que seja possível identificar quando dão lugar ao surgimento de direitos subjetivos. (2001, p. 253).

As colocações da autora permitem inferir que:

- a) a natureza de programaticidade das normas não retira sua eficácia jurídica;
- b) é possível que se extraiam direitos subjetivos de normas tidas por programáticas.

Em realidade, é possível concluir, à luz de todas as considerações já expendidas, que, embora não exista diferença quanto à justiciabilidade de diferentes direitos fundamentais, ocorre uma diferença, sim, quanto aos distintos aspectos desta justiciabilidade.

Ao contrário do que se dá com o aspecto negativo de todos os direitos fundamentais, **no que diz respeito ao aspecto positivo dos direitos fundamentais** – e isto vale, ressalte-se uma vez mais, para todos os direitos fundamentais, não apenas os direitos sociais –, **colocam-se determinados limites à atuação do Poder Judiciário**. Como reconhecem, por exemplo, Courtis e Abramovich – e a doutrina é uníssona a respeito –, “el Poder Judicial no puede sustituir al Poder Legislativo y al Ejecutivo en la formulación de políticas sociales, tanto menos si se trata de políticas de gran escala o de largo alcance temporal” (2004, p. 13).

Neste passo, pode-se afirmar, em linhas gerais, que o Judiciário deve ficar adstrito ao controle da constitucionalidade e legalidade da atuação dos entes públicos encarregados da implementação de políticas públicas, bem como, em se tratando de violações já consumadas, à imposição de sanções para o Poder Público.

Passo então a tratar, no próximo tópico, da legitimidade, dos critérios e dos limites para a atuação do Judiciário neste plano.

### **3.2 Limites e possibilidades para o controle jurisdicional da elaboração e/ou implementação de políticas públicas**

Afirmada a possibilidade de que conflitos envolvendo a efetividade de direitos fundamentais que dependem de políticas públicas (eficácia positiva de tais direitos) podem ser resolvidos na esfera judicial, resta agora enfrentar algumas críticas que se fazem à legitimidade do Poder Judiciário no exercício desta missão, bem assim oferecer critérios para o exercício da função jurisdicional nesta seara e, por último, buscar deixar claros os limites para o conteúdo da decisão judicial.

#### **3.2.1 Legitimidade do controle judicial de políticas públicas**

Quando me referir a políticas públicas, adotarei como referência o conceito de Maria Paula Dallari Bucci: “Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.” (2006, p. 241).

O crescimento do número de demandas judiciais atinentes a direitos fundamentais que dependem de políticas públicas tem levado muitos a criticarem o que chamam de “judicialização das políticas públicas”, defendendo que a sua formulação fique imune ao controle jurisdicional.

Este pensamento ignora que o progressivo incremento na missão político-jurídica do Poder Judiciário é corolário de um fenômeno iniciado nas esferas dos outros dois poderes, que tiveram seu papel sensivelmente ampliado com a passagem do Estado Liberal ao Estado de Bem Estar Social.

Parece impensável que ao crescimento das tarefas dos Poderes Executivo e Legislativo no Estado de Bem Estar Social não corresponda o indispensável fortalecimento do controle sobre as atividades (e omissões) de legisladores e administradores, a ser exercido, evidentemente, por aquele que está encarregado de zelar pela preservação dos valores permanentes escolhidos por cada sociedade para figurar em sua Lei Maior: o Poder Judiciário. A implementação dos direitos fundamentais, que são ao mesmo tempo limites e fins do



Estado Democrático de Direito, não se faz sem participação social, por um lado, mas tampouco se realiza, por outro lado, sem a atuação daquele que tem como sua mais relevante missão institucional assegurar a observância do texto constitucional.

Importa reconhecer, entretanto, que nosso Poder Judiciário não está habituado ao trato de semelhantes questões <sup>52</sup>. O constitucionalismo brasileiro, após o ocaso por algumas décadas dos mais básicos direitos e liberdades constitucionais, somente recuperou suas forças após a promulgação da Constituição de 1988. E esta, aliás, foi a primeira Constituição brasileira que se preocupou com a repressão da inconstitucionalidade por omissão, tema necessariamente afeto à concretização da eficácia positiva de direitos fundamentais. Fica evidente, portanto, que o problema da participação do Poder Judiciário na realização de direitos fundamentais, mormente aqueles que envolvem a implementação de políticas públicas universais, é, sem sombra de dúvida, uma das mais tormentosas questões com que se debatem os estudiosos do Direito Público na atualidade.

Não basta, todavia, apontar o problema, bem como sustentar que ele deve ser enfrentado pelo Judiciário, sem fornecer os subsídios para sua solução prática.

De um lado, colocam-se como desvantagens institucionais do Poder Judiciário a sua **falta de legitimidade democrática** (seus integrantes não chegam ao poder por escolha popular), a **ausência de responsabilidade política** (seus membros não são avaliados por suas escolhas, ao final de seu mandato, porque são vitalícios), a **falta de conhecimentos técnicos** necessários para a efetivação dos direitos envolvidos, bem como a **falta de visão do todo** (acesso ao Judiciário é relativamente restrito, de modo que as informações são sempre incompletas), necessária para a eleição de prioridades e, ainda, a impossibilidade de calcular o impacto (especialmente financeiro) de suas decisões, até por conta da formação dos magistrados, que é tradicionalmente voltada para a solução do caso individual e para a avaliação do passado, apenas.

De outra parte, o Poder Judiciário apresenta como vantagens institucionais a sua **relativa independência política**, que o habilita a corrigir os erros dos demais Poderes, sendo

---

<sup>52</sup> A fala de Andreas Krell é absolutamente pertinente: “Podemos observar, até os dias de hoje, uma maneira extremamente formal de argumentação em grandes partes da doutrina e jurisprudência do Brasil, que se concentra quase exclusivamente em aspectos lógico-formais da interpretação jurídica e não permite a influência de pontos de vista valorativos, ligados à justiça material. O operador jurídico ainda não está acostumado a questionar o conteúdo material de normas legais ou atos administrativos. Segundo José Eduardo Faria, ‘é cada vez maior o número de juízes conscientes de que não estão preparados técnica e intelectualmente para lidar com o que é inédito [...] e de que não foram treinados para interpretar normas programáticas’”. (2002, p. 72).

acostumado a aplicar critérios democraticamente escolhidos (constantes na Constituição e nas leis) para a solução de conflitos. Como salienta o jurista alemão Dieter Grimm, o ambiente do Judiciário é o mais propício para esse tipo de discussão, seja em razão das garantias do devido processo legal, com destaque para o **contraditório**, seja pela exigência de **fundamentação das decisões**<sup>53</sup>.

Para responder aos defensores de um Judiciário que não poderia reprimir a omissão dos demais Poderes, por suposta violação à sagrada separação de poderes, vale lembrar das sempre lúcidas e abrangentes lições de Mauro Cappelletti:

[...] o ideal da estrita separação dos poderes teve como consequência um judiciário perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos ‘privados’. [...] apenas um sistema equilibrado de controles recíprocos pode, sem perigo para a liberdade, fazer coexistir um legislativo **forte** com um executivo **forte** e um judiciário **forte**. Justamente este equilíbrio de forças, de contrapesos e controles recíprocos constitui o grande segredo do inegável sucesso do sistema constitucional americano. [...]

no curso do nosso século, os modernos sistemas de *government* foram levados a ‘interferir’ em áreas sempre maiores da atividade humana, estando longe de se exaurir essa potente tendência evolutiva. Melhor do que tentar inverter tal tendência, ou (para quem assim prefira, como Milton Friedman e seus seguidores) além de fazer tal tentativa, as sociedades amantes da liberdade deveriam buscar colocar sob controle a própria tendência, o que efetivamente estão tentando fazer as mais sadias. E [...] o instrumento mais adequado para tal fim consiste, exatamente, no sistema de *checks and balances*. Na verdade, mostra-se interessante ressaltar que a própria França, onde nasceu e se exaltou a idéia da *séparation*, como também outros países continentais (que por muito tempo compartilharam dessa idéia), estão se movimentando nessa direção, partindo do sistema de rígida separação para o sistema de controles recíprocos. Sistema, este último, no qual o ‘crescimento’ do poder judiciário é obviamente o ingrediente necessário do equilíbrio dos poderes. (1993, p. 53-55).

Como bem lembra Gustavo Amaral, a alegação de que o controle jurisdicional de políticas públicas envolvendo a efetividade de direitos fundamentais acarretaria “violação à separação de poderes parece ser crítica que tem origem no modelo francês de separação de poderes, enquanto que não é este o modelo adotado no Brasil, onde a inspiração constitucional, desde a Carta de 1891, é o modelo americano”, em que “a separação dos três poderes harmônicos e independentes é, na verdade, um modelo de freios e contrapesos, de mútua dependência.” (2001, p. 218).

<sup>53</sup> Apud SARMENTO, Daniel. “A proteção judicial dos direitos sociais”. in: *Seminário: Implementação Jurisdicional de Políticas Públicas*, realizado pela Escola Superior do Ministério Público Federal do Paraná, Curitiba, 28 e 29 de junho de 2006.

Andreas Krell também tece algumas considerações interessantes a respeito:

Segundo os defensores do *judicial activism* nos EUA, o juiz deve assumir a nova missão de ser interventor e criador autônomo das soluções exigidas pelos fins e interesses sociais, tornando-se responsável ‘pela conservação e promoção de interesses finalizados por objetivos sócio-econômicos’. Isto significa uma mutação fundamental que transforma progressivamente o juiz em administrador e o convoca a ‘operar como agente de mudança social’. Essa nova função do Judiciário não levaria necessariamente a decisões judiciais orientadas apenas por um ‘programa de fins’ ou por ‘um finalismo justificado de uma estratégia aferida unicamente pelos efeitos’.

No entanto, o Judiciário brasileiro (ainda) não quer assumir o papel de **arquiteto social** e ser responsabilizado por uma possível convulsão financeira nos orçamentos públicos. (2002, p. 74).

Ora, se os papéis do Executivo e do Legislativo se expandiram com a alteração no papel do Estado (ao deixar de ser Liberal e passar a ser Estado de Bem Estar Social), alastrando-se por searas antes inexploradas pelo Poder Público, no âmbito econômico e social, é natural que o papel do Judiciário, a quem cabe também resolver conflitos entre os cidadãos e o Poder Público, haveria de se expandir proporcionalmente <sup>54</sup>. E, neste aspecto, é preciso reconhecer que não existe nada mais arbitrário, mais injusto e mais violador de direitos por parte dos Poderes Públicos que a **omissão no cumprimento de deveres constitucionais correlatos à proteção de direitos fundamentais**. Daí ser inevitável reconhecer ao Poder Judiciário poderes efetivos de controle da omissão inconstitucional <sup>55</sup>.

Como leciona Krell, “não se atribui ao Poder Judiciário o poder de criar políticas públicas, mas tão-só de impor a execução daquelas já estabelecidas nas leis constitucionais ou ordinárias” (2002, p. 94).

<sup>54</sup> Destaque-se que a expansão do papel do Executivo foi muito mais acentuada. Como anota Comparato, “a passagem da nomocracia liberal ao Estado telocrático contemporâneo tornou indispensável um reexame da classificação tradicional dos Poderes estatais. Classicamente, ela se funda na supremacia incontestável da lei sobre todas as demais manifestações da atividade estatal. Por isso mesmo, no modelo constitucional clássico, o Poder Supremo é sempre o Legislativo, ao qual compete, em sua qualidade de representante por excelência do povo, a tarefa solene de dar expressão legal à soberania popular. Aos demais Poderes – o Executivo propriamente dito, na parte administrativa, e o Judiciário em caso de conflito de interesses – cabe a mera execução das normas legais, sem nenhuma iniciativa ou impulso próprio. O constitucionalismo liberal consagrou em cheio esse paradigma de Estado Legislativo.

Quando, porém, a legitimidade do Estado passa a fundar-se não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem concretizadas programadamente, o critério classificatório das funções e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental. E aí [...] é ao Governo, impropriamente chamado agora Poder Executivo, que incumbe o papel hegemônico.” (1997, p. 17).

<sup>55</sup> “Para que, no futuro, possamos chegar a uma realização mais expressiva dos direitos sociais promocionais, torna-se indispensável a gradual realização de uma intervenção ativa e prolongada no tempo, a ser efetuada pelos membros do Poder Judiciário, integrada às ações de outros atores estatais (Ministério Público, Defensorias Públicas) e da sociedade civil.” (KRELL 2002, p. 75).

Ademais, como salienta no mesmo passo Clèmerson Clève, a atuação do Judiciário reveste-se de caracteres peculiares não encontráveis nos demais Poderes, que conferem ao seu atuar, inclusive, vantagens em relação aos demais:

[...] o Judiciário atua, de certa maneira, como um poder contra-majoritário em defesa dos direitos das minorias. [...] o devido processo legal, a motivação e a recorribilidade das decisões, a publicidade de suas manifestações e a vinculação à Constituição parecem constituir meios distintos de atribuição de legitimidade à esfera de atuação do Judiciário (2003, p. 296).

Também Ingo Sarlet demonstra que

[...] a própria jurisdição constitucional possui pelo menos um tríplice fundamento democrático. Em primeiro lugar, a razão de ser da justiça constitucional e das suas atribuições deita raízes na própria Constituição enquanto expressão do contrato social e, portanto, da própria soberania popular. Além disso, a soberania da Constituição há de prevalecer sobre a soberania popular enquanto exercida pelas legislaturas ordinárias. Por fim, o exercício das funções da jurisdição constitucional encontra sua legitimação direta justamente na afirmação da supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais, na linha do que já sustentou Ferrajoli e outros com base nestas mesmas premissas (2003, p. 362).

A quem alega a suposta impossibilidade de exercício do controle de políticas públicas pelo Judiciário por seu cunho supostamente antidemocrático, lembra Sérgio Arenhart que “deve o magistrado buscar formular estas opções políticas **não segundo suas próprias opiniões ou convicções**, mas sim de acordo com aquilo que o ordenamento jurídico nacional demandaria em termos de escalonamento de prioridades” (2007, p. 4).

Não é demais frisar que a **proteção e realização efetiva dos direitos fundamentais constituem pré-requisitos para o funcionamento de qualquer democracia**, constituindo também limites para a deliberação democrática, devendo “ser protegidos inclusive contra maiorias eventuais” (2006, p. 175), como lembra Estefânia Barboza. Ressalta ainda esta autora:

[...] não há que se falar que o Judiciário não pode fazer julgamentos substantivos a respeito dos direitos sociais, as competências legitimadoras para o exercício desta atividade por parte do Judiciário estão previstas na própria Constituição [...] e esse poder político a ser exercido pelo Judiciário é democrático, já que é funcional ao sistema democrático, ou seja, é necessário para o Estado Democrático” (2006, p. 185).

E prossegue, citando o exemplo norte-americano: “A Constituição americana teve a grande maioria de seus direitos fundamentais definidos pela Suprema Corte daquele país,

sempre tendo em vista a própria fortificação da democracia, em que as minorias também são protegidas” (2005, p. 186).

A mesma autora refuta também a tradicional objeção de que os direitos sociais não admitiriam concretização pelo Judiciário por terem baixa densidade normativa, pois as normas que os preveem teriam “conteúdo aberto”:

Ora – diz ela – todas as normas que tratam de direitos fundamentais têm conteúdo aberto – não só aquelas que tratam dos direitos sociais – e nem por isso se argumenta a possibilidade de não realização dos direitos individuais tendo em vista seu conteúdo vago ou, ainda, que este conteúdo substantivo não poderia ser determinado pelo Judiciário (2005, p. 184).

Ainda em prol da atuação do Judiciário no que diz respeito à omissão violadora de direitos constitucionais, impõe-se citar os oportunos e verdadeiros argumentos de William Forbath: “legisladores que, de outro modo, seriam relutantes ou pouco dispostos a votar em favor de um aumento nos recursos para a educação ou a habitação demonstram-se frequentemente prontos a fazê-lo, assim que possam explicar que ‘os tribunais nos obrigaram a fazê-lo’.” (2007, p. 36) <sup>56</sup>.

No caso brasileiro, vale a pena mencionar que existem ao menos duas categorias de direitos fundamentais, sem dúvida relacionados ao mínimo existencial e com evidente impacto nos gastos públicos, cuja justiciabilidade jamais foi posta em questão: os direitos de natureza previdenciária, que praticamente desfrutam de um ramo próprio do Judiciário para sua tutela (os Juizados Especiais Federais, criados pela Lei 10.259/2001), e os direitos de natureza ambiental, que, por evidente, nem sempre têm como “devedor” apenas o Poder Público. Por que razão direitos fundamentais como a saúde, a educação, a proteção da criança e do adolescente, seriam menos “justiciáveis” do que os direitos de natureza previdenciária ou à proteção ambiental?

Por fim, uma das objeções feitas à atuação do Judiciário na concretização de direitos fundamentais e, conseqüentemente, no controle de políticas públicas, que merece ainda um breve comentário diz respeito à suposta ausência de responsabilidade política do Judiciário. Note-se que o tema da responsabilidade judicial não é dos mais bem resolvidos ou pacificados pelas legislações mundo afora, convivendo os mais variados sistemas de responsabilização em nível civil, criminal e disciplinar. Mauro Cappelletti faz um excelente e inédito inventário desta diversidade de critérios, na obra “Juizes Irresponsáveis?”, buscando encontrar aquele

---

<sup>56</sup> Tradução desta autora.

que seria o sistema ideal: “O sistema adequado de responsabilidade [...] deve ser essencialmente baseado em instrumentos dirigidos a tornar o judiciário mais ‘aberto’, ‘social’ e ‘politicamente’ mais responsabilizado.” (1993, p. 86). Todavia, aponta ele, é preciso ter cautela, pois “mesmo as formas de responsabilidade ‘social’ [...], embora importantes e até essenciais, como instrumento de responsabilização do juiz e da magistratura, se privadas de limites e de controles podem facilmente transformar-se em formas muito graves de abuso e de opressão” (1993, p. 87).

O que essa doutrina deixa claro é que, evidentemente, ao fortalecimento do papel do Poder Judiciário no Estado Social de Direito deve corresponder também o aumento de sua responsabilidade e a abertura à participação e ao controle social, tal como concebe, aliás, Peter Häberle no que concerne à interpretação constitucional:

[...] no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. [...]

Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade. [...]

tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional. (1997, p. 13-14).

E prossegue ele:

A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. [...] Seria errôneo reconhecer as influências, as expectativas, as obrigações sociais a que estão submetidos os juízes apenas sob o aspecto de uma ameaça a sua independência (1997, p. 30-31).

O que defendo neste trabalho não é que o Poder Judiciário se substitua ao Executivo e ao Legislativo na formulação de políticas públicas, mas sim que seja adotado o seguinte caminho quando conflitos em tais matérias forem judicializados:

- a) em primeiro lugar, deve ser buscada uma cooperação dialogada entre os três poderes, mediante o fornecimento de diretrizes pelo Judiciário, após ouvir as razões do Executivo e Legislativo, a qual deve ser aberta à participação de outros entes sociais interessados, com o objetivo de identificar-se a solução do problema relacionado a ações ou omissões inconstitucionais ou ilegais no que se refere a políticas públicas, utilizando-se dos critérios que se passará a descrever no próximo item;

- b) na falta de consenso (que também pode eventualmente ser parcial), a elaboração de decisões deve se utilizar dos critérios descritos no item seguinte;
- c) em caso de descumprimento da decisão ou do acordo, que leve à consumação da violação a direitos constitucionais, é cabível a responsabilização do(s) ente(s) omissor(s), e deve ter lugar também a aplicação de sanções, direcionadas, sempre que possível, não apenas ao(s) ente(s) público(s) faltoso(s) ou omissor(s), mas à(s) autoridade(s) pública(s) – pessoas físicas – responsável(is) pela omissão.

### **3.2.2 Critérios para o controle judicial de políticas públicas: o mínimo existencial, a dignidade humana e outros conceitos instrumentais – a questão da colisão entre direitos fundamentais**

A maior parte da doutrina reconhece haver situações em que o Poder Judiciário pode e deve intervir na concretização dos direitos fundamentais prestacionais.

É imprescindível, entretanto, a elucidação de critérios e limites para a efetivação judicial de direitos fundamentais, tais como o “mínimo existencial”, a noção de “dignidade humana”, os princípios da proibição de retrocesso e da proibição da proteção deficiente, o critério da “prioridade”, a questão da “colisão de direitos”, o problema da “reserva do possível” e, diretamente ligado a ele, a questão da isonomia e da universalização de direitos prestacionais.

Guilherme Soares exemplifica com algumas das situações que admitem o controle judicial: a) a **urgência** é, sem dúvida, um dos critérios determinantes na tomada de uma decisão, que deve, prudentemente, impedir a ocorrência de prejuízo irreparável <sup>57</sup>; b) admite-se o controle das condições genéricas de validade das políticas públicas, dos critérios para prestação de serviços públicos, gerando discriminações inadmissíveis (por exemplo, quando um Município decide garantir vagas na educação pública não aos mais necessitados economicamente, que venham de famílias que não possam pagar por uma escola privada, mas

---

<sup>57</sup> Neste passo, anote-se que tem sido frequente, em matéria de saúde, em situações que envolvem risco à vida, a concessão de liminares sem a devida consideração da comprovação da eficácia do tratamento ou medicamento prescrito, muitas vezes baseando-se na opinião de um único médico, gerando, por vezes, gastos imensos e que vêm a se mostrar ineficazes para a tutela da saúde do paciente. Ainda que seja caso de urgência, portanto, devem adotar os magistrados certa cautela, procurando se assegurar, seja mediante oitiva do Poder Público em 72 horas, seja mediante obtenção de outros pareceres médicos, de que o pedido é realmente o tecnicamente mais adequado para resolver o problema do autor.

sim aos que já estivessem matriculados no ano anterior, é admissível a correção de um critério ilegítimo como esse por decisão judicial); c) cessação na prestação de um serviço público concernente ao mínimo vital <sup>58</sup>. Neste último aspecto, é mais comum invocar-se o “princípio da proibição do retrocesso”, que implica em que o Poder Público fica impedido de retroceder na implementação de direitos fundamentais, independentemente se esse direito era atinente ou não ao mínimo vital ou existencial.

A conceituação e relevância do que seja o mínimo vital, tido por vezes como critério para a possibilidade ou não de realização de um direito fundamental pelo Poder Judiciário, é um dos problemas que urge resolver.

Alguns autores, como Ricardo Lobo Torres e Ana Paula de Barcellos <sup>59</sup>, pretendem que o mínimo existencial – também chamado de “mínimo vital”, “conteúdo mínimo”, “núcleo essencial”, “substância mínima” dos direitos fundamentais – deva ser considerado como o critério apto a responder à questão sobre a possibilidade de realização em juízo de um direito fundamental prestacional <sup>60</sup>. Outros, contudo, – como Daniel Sarmento – entendem que nem sempre é possível garantir sequer o mínimo vital, citando como exemplo o salário mínimo brasileiro, que certamente não é garantido em seu núcleo essencial (e possivelmente não poderia sê-lo, dados os efeitos perversos que uma provável espiral inflacionária geraria na economia, corroendo imediatamente seu valor) <sup>61</sup>.

O conceito de mínimo existencial merece alguns esclarecimentos. Trata-se de conceito emprestado, como tantos outros, da dogmática constitucional alemã, basicamente em razão da não positivação de direitos sociais, econômicos e fundamentais pelo texto constitucional alemão. Como nos noticia Andreas Krell,

[...] a Corte Constitucional alemã extraiu o direito a um ‘mínimo de existência’ do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1, I, da Lei Fundamental) e do direito à vida e à integridade física, mediante

<sup>58</sup> “Limites institucionais do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas”, in: *Seminário: Implementação Jurisdicional de Políticas Públicas*, realizado pela Escola Superior do Ministério Público Federal do Paraná, Curitiba, 28 e 29 de junho de 2006.

<sup>59</sup> Afirma ela: “Ao mínimo existencial se reconhece a modalidade de eficácia jurídica positiva ou simétrica – isto é, as prestações que compõem o mínimo existencial poderão ser exigidas judicialmente de forma direta”. (2002, p. 305).

<sup>60</sup> No mesmo sentido, Marcos Gomez Puente cita decisão do Tribunal Constitucional espanhol: “este principio general [el de aplicabilidad inmediata] no tendrá más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la propia Constitución **o que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable**”. (1997, p. 58 – grifei).

<sup>61</sup> “A proteção judicial dos direitos sociais” in: *Seminário: Implementação Jurisdicional de Políticas Públicas*, realizado pela Escola Superior do Ministério Público Federal do Paraná, Curitiba, 28 e 29 de junho de 2006.



interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social (artigo 20, I, da LF). Assim, a Corte determinou um aumento expressivo do valor da ‘ajuda social’ (*Sozialhilfe*), valor mínimo que o Estado está obrigado a pagar a cidadãos carentes. Nessa linha, a sua jurisprudência aceita a existência de um verdadeiro Direito Fundamental a um ‘mínimo vital’. (2002, p. 61).

Sandoval Alves da Silva, em sua dissertação de Mestrado, descreve o duplo aspecto do mínimo existencial:

[...] 1) proteção negativa contra a incidência tributária sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas; e 2) proteção positiva representada pela entrega de prestações estatais materiais aos menos favorecidos. Já os direitos sociais máximos devem ser exercidos a partir do processo democrático, por meio da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária.

O mesmo autor chama a atenção para o fato de que o “mínimo existencial não é uma categoria universal, variando de lugar para lugar e até dentro do mesmo país” (2007, p. 184).

Para Lobo Torres, “O mínimo existencial exhibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade *erga omnes*, aproximando-se do conceito e das conseqüências do estado de necessidade; [...] é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto social.” (1989, p. 32-33). Mais adiante, afirma ele:

[...] o mínimo existencial, na qualidade de direito subjetivo, é oponível à administração, gerando para esta a obrigação de entregar a prestação de serviço público independentemente do pagamento de qualquer tributo ou contraprestação financeira, haja ou não lei ou regulamento. A violação do direito, por ação ou omissão, justifica, como veremos adiante, o controle jurisdicional. (1989, p. 46).

Note-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já utilizou o mínimo existencial como critério para garantir a efetividade de direitos sociais, assentando que, embora não caiba, *prima facie*, ao Judiciário a formulação e implementação de políticas públicas, é possível interferir nelas se a Administração Pública comprometer a eficácia e a integridade dos direitos individuais e coletivos constitucionalmente consagrados <sup>62</sup>.

Na doutrina, Gustavo Amaral formula interessante proposta para subsidiar as decisões concernentes à concretização de direitos fundamentais, baseadas nos critérios da essencialidade e da excepcionalidade. “O grau de essencialidade – diz ele – está ligado ao mínimo existencial, à dignidade da pessoa humana”. Para ele, “quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deverá ser a razão para que ela não seja atendida.” Assim, “se a

<sup>62</sup> ADPF 45/DF e RE 436.996/SP – Relator Ministro Celso de Mello.

essencialidade for maior que a excepcionalidade, a prestação deve ser entregue, caso contrário, a escolha estatal será legítima” (2005, p. 215-216).

O conceito de mínimo existencial, como se vê, é tributário do conceito de dignidade humana, que, como já visto, corresponde ao núcleo essencial em torno do qual se identificam e se desenvolvem os direitos fundamentais <sup>63</sup>. Parece útil, assim, discorrer brevemente sobre este conceito, recorrendo às lições de Flávia Piovesan: “é no princípio da dignidade humana que a ordem jurídica encontra o próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, para a hermenêutica constitucional contemporânea. Consagra-se, assim, a dignidade humana como verdadeiro superprincípio” (2007, p. 31). Para Ingo Sarlet, “a dignidade da pessoa atua simultaneamente como limite dos direitos e limite dos limites, isto é, barreira última contra a atividade restritiva dos direitos fundamentais” (2006, p. 124). Sublinhe-se ainda os ensinamentos deste autor no sentido de que “os direitos fundamentais não possuem, conforme já restou suficientemente frisado, o mesmo conteúdo em dignidade, já que dela constituem exigências e concretizações em maior ou menor grau de intensidade” (2006, p. 131).

Também merecem referência as palavras de Nagibe de Melo Jorge Neto, buscando definir o conteúdo de tal princípio fundamental:

A dignidade pode ser definida como o valor insubstituível de alguma coisa. O valor superior, que distingue a coisa e que a coloca em posição de destaque frente a todas as outras e que está relacionada com seu próprio fim.

[...] o ser humano tem um valor intrínseco, que decorre unicamente da sua própria condição de ser humano e que supera o valor de todos os demais seres, materiais ou ideias, pelo menos em uma perspectiva terrena ou infradivina (2008, p. 33).

Considerando que a definição de direitos fundamentais tem assento precisamente neste conceito, que se caracteriza por inegável fluidez, há que se concordar com o mesmo autor quando ele afirma que os “direitos fundamentais decorrem basicamente de um processo interpretativo, acima de tudo, da construção doutrinária e jurisprudencial.” (2008, p. 34).

Não se pode deixar, portanto, de buscar avançar na construção de critérios para a identificação e concretização de tais direitos. Para Emerson Gabardo, a “dignidade é o ponto

---

<sup>63</sup> Como bem anota Nagibe de Melo Jorge Neto: “Não há um critério material suficiente e definitivo para se estabelecer o que sejam e quais sejam os direitos fundamentais. O mais perto que se chegou disso foi por meio da dignidade da pessoa humana.” (2008, p. 32).

de partida para a justificação dos fins do Estado” (2009, p. 331). Para este autor, contudo, é preciso ir além da noção de dignidade:

O ponto de chegada é o “desenvolvimento da personalidade”, que compreende, necessariamente, a idéia de felicidade como determinante essencial da atuação do Estado. Um modelo de Estado social que garanta direitos fundamentais precisa superar a noção de dignidade rumo à de felicidade, a partir de uma idéia de sobreposição e não de abandono. (2009, p. 331).

Como se vê, este autor propõe, de forma inovadora e pioneira, a adoção da busca da felicidade como um dos critérios a nortear a atuação do Estado, critério cujo espaço natural de utilização é certamente a elaboração e implementação de políticas públicas voltadas à concretização de direitos fundamentais. Para o Prof. Gabardo, “A felicidade, mais do que um grau de satisfação verificável empiricamente, deve ser um fim estabelecido por princípio e não por critérios pragmáticos.” (2009, p. 332), já que, como ele mesmo lembra, “É preciso considerar a lúcida advertência de Eduardo Giannetti de que a felicidade é absoluta quanto às necessidades básicas, mas torna-se relativa após estas satisfeitas.” (2009, p. 355).

Neste plano de busca de critérios para a efetivação de direitos fundamentais, importa referir, ainda, o critério da **prioridade**. Como ressalta Krell, “não podemos igualar a densidade normativa de todos os direitos sociais, que se define por condições e pressupostos econômicos bem diferenciados” (2002, p. 54). Ele fornece como exemplo os direitos ao emprego e à moradia, cuja densificação é muitíssimo mais problemática do que a dos direitos à saúde ou à educação, os quais, mesmo na América Latina, estão algumas vezes universalizados com qualidade, de modo que, nestas áreas, “a prestação concreta de serviços públicos precários e insuficientes por parte de Municípios, dos Estados e da União deveria ser compelida e corrigida por parte dos tribunais” (2002, p. 56).

Da mesma forma, o próprio texto constitucional deixa claro, no artigo 226, que os direitos fundamentais de crianças e adolescentes devem ser garantidos com **prioridade absoluta**, não se admitindo, portanto, que as políticas públicas na área infanto-juvenil não sejam concretizadas, ao passo que diversos outros direitos menos fundamentais, bem como direitos que sequer são fundamentais estão sendo objeto de tutela do Poder Público.

Note-se, aqui, que o conceito de conteúdo mínimo dos direitos fundamentais também tem um cunho **subjetivo**, devendo ser atendidos primeiramente aqueles que mais necessitam, como ensina Carbonell:

En relación con el contenido mínimo, es importante señalar que se trata de un concepto aplicable no solamente a los derechos sino también a sectores de la población; concretamente, se puede aplicar para identificar al mínimo de personas a las que el Estado debe proteger en caso de crisis económica. Es decir, el contenido mínimo en relación a grupos obliga al Estado a identificar a las personas en situación de vulnerabilidad para asegurarles el disfrute de sus derechos sociales (2005, p. 62).

Ao lado dos critérios já referidos para aferir a justiciabilidade de direitos fundamentais, tem se falado no “princípio da proibição da proteção deficiente”. Néviton Guedes faz uma interessante correlação entre o **princípio da proibição do excesso**, que foi formulado no bojo das liberdades negativas, e o **princípio da proibição da proteção deficiente**, que teria a mesma função, só que agora no âmbito das liberdades positivas. Se o primeiro (princípio da proibição do excesso) tinha como subprincípios as idéias de adequação e de necessidade, o segundo tem como subprincípios os requisitos de eficiência e de suficiência <sup>64</sup>.

Um outro critério bastante utilizado para se definir o conteúdo concreto de direitos fundamentais, como já mencionado, é o princípio da proibição de retrocesso. O conteúdo deste é bem sintetizado por Marcos Maselli Gouvêa:

Embora não se possa obrigar o poder público a avançar até um determinado ponto na conteudização de uma situação jurídica contemplada em norma programática, pelo princípio da proibição de retrocesso, seria possível evitar que, uma vez atingido esse ponto, obrassem o Legislativo ou o Executivo no sentido de reduzir as prerrogativas previamente definidas. (2003, p. 25-26).

Por fim, é necessária uma palavra sobre a questão da colisão entre direitos fundamentais, bem menos comum do que se imagina na esfera dos direitos sociais, econômicos e culturais. Para todos os que estudam o problema, que, na realidade, é mais comum no que se refere a conflitos entre diferentes direitos individuais, não constitui nenhuma novidade o fato de que, em determinadas situações, não será possível a harmonização, com a preservação do núcleo essencial dos direitos envolvidos no conflito, sendo necessário recorrer à técnica da ponderação e aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para optar pelo valor mais relevante no caso concreto <sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> “O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a proibição da proteção deficiente”, in: *Seminário: Implementação Jurisdicional de Políticas Públicas*, realizado pela Escola Superior do Ministério Público Federal do Paraná, Curitiba, 28 e 29 de junho de 2006.

<sup>65</sup> Ver, a respeito, Robert Alexy, *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático*, RDA 217:67-78.

Relevante a respeito é a teoria dos princípios, de Robert Alexy, que reconhece a existência de uma hierarquia axiológica no texto constitucional, em que os princípios fornecem as diretrizes para a elaboração e a aplicação das regras, bem como suprem eventuais lacunas existentes. Neste passo, vale transcrever as lições do jusconstitucionalista alemão:

A todas as tentativas de desagrar o problema da colisão pela eliminação da justiciabilidade deve opor-se com energia. Elas não são outra coisa senão a solução de problemas jurídico-constitucionais pela abolição de direito constitucional. Se algumas normas da Constituição não são levadas a sério, é difícil fundamentar por que outras normas também então devem ser levadas a sério se isso uma vez causa dificuldades. Ameaça a dissolução da Constituição. A primeira decisão fundamental para os direitos fundamentais é, por conseguinte, aquela para a sua força vinculativa jurídica ampla em forma de justiciabilidade. (1999a, p. 74).

Não é demais anotar, valendo-nos das lições de Ana Paula de Barcellos, que o mínimo existencial é, sem sombra de dúvida, um dos critérios essenciais para solucionar conflitos entre direitos fundamentais. Para exemplificar, afirma ela: “ao determinar o fornecimento de outras prestações de saúde além do mínimo existencial, sem fundamentar-se em uma decisão política pública, o Judiciário também não está contribuindo para a generalização da saúde básica” (2002, p. 276).

Parece necessário, porém, definir como resolver possível conflito entre direitos fundamentais, tendo em conta a já mencionada interdependência entre tais direitos, eis que esta possibilidade de colisão de fato existe. Para este fim, proponho a adoção de critério teórico objetivo, que leva em consideração as dimensões qualitativa e quantitativa do conflito, consistente na verificação de:

- a) quais os direitos dos quais cada um dos direitos fundamentais em colisão é pressuposto;
- b) em que medida ficará afetado cada um dos direitos e os que dele decorrem, caso o outro prevaleça;
- c) qual o número de pessoas atingidas em caso de prevalência de cada um dos direitos.

Feita essa ponderação, buscando preservar ao máximo o(s) direito(s) que diga(m) respeito mais de perto ao mínimo existencial, e do(s) qual(is) seja titular o maior número de pessoas, é possível decidir qual(is) do(s) direito(s) deverá prevalecer.

É importante sublinhar, todavia que, quando se trata de omissões na concretização de direitos, o problema fundamental em jogo, em realidade, não costuma ser uma colisão entre

direitos fundamentais, pois a titularidade de patrimônio, a ser restringida com a tributação, não é um direito fundamental. O que se tem, na prática, é a concorrência por recursos públicos escassos, de modo que é necessário, se se quer ir à raiz do problema, compreender e trabalhar na origem dessa escassez. Para isso, será necessário enfrentar a questão do controle de constitucionalidade da legislação orçamentária e tributária, o que se fará no próximo tópico.

Antes, porém, é preciso delimitar o conteúdo das obrigações do Poder Público em matéria de direitos fundamentais. Neste passo, reporto-me às lições de Carbonell (2005, p. 62-63), ao sintetizar tais obrigações à luz dos pactos internacionais de direitos humanos:

[...] los Estados, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, deben:

- a) Tutelar los derechos sin discriminación.
- b) Tomar todas las medidas apropiadas para hacer efectivos los derechos dentro de su territorio.
- c) Demostrar que las medidas tomadas son las más apropiadas para alcanzar los objetivos del Pacto.
- d) Establecer vías judiciales para llevar ante los tribunales las posibles violaciones a los derechos señalados.
- e) Lograr progresivamente la satisfacción de los derechos establecidos en el Pacto, entendiendo por progresividad la obligación de hacerlo de manera inmediata y continua.
- f) No dar marcha atrás en los niveles de realización alcanzados, puesto que está prohibida o severamente restringida la regresividad.
- g) Destinar el máximo de recursos disponibles a cumplir con el Pacto.
- h) Acreditar que en efecto se ha destinado el máximo de recursos disponibles.
- i) En períodos de crisis, priorizar la protección de los miembros más vulnerables de la sociedad; y
- j) Asegurar niveles mínimos de satisfacción de los derechos, los cuales deben ser mantenidos incluso en períodos de crisis o de ajustes estructurales.

Todas estas obrigações envolvem a elaboração de políticas públicas, a serem realizadas por ações do Poder Executivo, e eventual incapacidade de o Estado demonstrar seu cumprimento é passível, naturalmente, de caracterizar sua conduta como ilícita.

A elaboração orçamentária não pode, portanto, ignorar as obrigações juridicamente cometidas ao Poder Público. Como enfatiza Ana Paula de Barcellos, parafraseando Sunstein,

[...] toda e qualquer ação estatal envolve gasto de dinheiro público e os recursos públicos são limitados. [...] Como não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público será investido. Essas escolhas – prossegue ela – recebem [ou melhor, deveriam receber...] a influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário (2007, p. 11-12).

Isso implica em que

[...] as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais. [...]

Na realidade, o conjunto de gastos do Estado é exatamente o momento no qual a realização dos fins constitucionais poderá e deverá ocorrer. Dependendo das escolhas formuladas em concreto pelo Poder Público, a cada ano, esses fins poderão ser mais ou menos atingidos, de forma mais ou menos eficiente (2002, p. 12).

Como anotam com cortante precisão Sunstein e Holmes, “a quantia que a comunidade decide gastar com cada um deles decisivamente afeta a extensão em que cada direito fundamental é protegido e efetivado” (1999, p. 31). Em outras palavras, **a medida de cada direito fundamental é definida em grande parte pelo montante de recursos orçamentários investidos na sua promoção e garantia.**

Alfredo Augusto Becker há muito já lançou luzes sobre essa correlação entre os recursos orçamentários arrecadados pelo Estado e sua utilização na realização dos deveres administrativos:

A conjugação da totalidade das relações tributárias com a totalidade das relações administrativas compõe uma **única e contínua relação: a relação constitucional**. [...] o Estado existe no dinamismo da Receita conjugado com o dinamismo da Despesa. [...] Essa conjugação dá-se pela lei que aprova o Orçamento Público [...] as receitas servindo para obter os fundos para a realização das despesas, estas tendo nas primeiras (as receitas) os meios de sua própria atuação (1963, p. 225-228).

Citando Gustavo Ingrosso, afirma Becker que a lei orçamentária é a mais importante dentre todas as leis de organização, pois ela é que coloca em movimento todas as funções do Estado (1963, p. 211). E as funções do Estado, como vimos, devem estar todas voltadas à realização, em maior ou menor grau, de direitos fundamentais. É o que levou o tributarista a afirmar que o equilíbrio do orçamento público devia ser visto não como a equivalência entre receita e despesa, mas como o **equilíbrio qualitativo entre receita e despesa pública, de um lado, e a realidade econômico-social, de outro** (1963, p. 217).

Todas essas premissas permitem que se passe agora a enfrentar o controvertido tema dos limites à atuação judicial nesta seara.

### 3.2.3 Limites para o controle judicial de políticas públicas envolvendo direitos fundamentais: a discricionariedade de meios, a ênfase nos meios consensuais, a reserva do possível, a política tributária e a programação orçamentária <sup>66</sup>

Um primeiro limite que costuma ser ressaltado quando se pensa no controle jurisdicional da elaboração e implementação de políticas públicas diz respeito ao respeito à **discricionariedade de meios** que se coloca à disposição do Poder Público. Como muito bem sustenta Nagibe de Melo Jorge Neto, o julgador deve estar atento a este limite, “ou seja, muito embora possa determinar o que é racionalmente exigível do Poder Público para a cessação da ofensa aos direitos fundamentais, não poderá determinar **como** o Poder Público se desincumbirá da tarefa.” (2008, p. 167 – destaquei).

Um outro limite ou critério importante, cuja necessidade se evidencia justamente por conta do déficit democrático e da ausência de responsabilidade política dos integrantes do Poder Judiciário, reside na ênfase que deve ser dada à utilização de meios consensuais para buscar uma solução para o conflito (tema que será esmiuçado no próximo capítulo). Como anota com propriedade o mesmo autor, “ao Poder Judiciário não caberá dar soluções prontas, mas deverá promover e construir as soluções juntamente com as partes, ou seja, juntamente com os poderes públicos e os representantes da sociedade e tornar obrigatória a efetivação da solução construída.” (2008, p. 167).

Por fim, os mais invocados dos limites à intervenção judicial são, sem dúvida, os já conhecidos conceitos da “reserva do possível fática” (ausência de recursos financeiros) e da “reserva do possível jurídica” (suposta impossibilidade de alteração da legislação orçamentária e de interferência do Judiciário no âmbito das políticas públicas por conta da separação de poderes). Estes conceitos devem, porém, ser objetivados.

Como já afirmado anteriormente, é impossível negar que a implementação plena e efetiva de direitos sociais básicos, todos eles garantidos implícita ou explicitamente por nosso texto constitucional, mas ainda inexistente, constitui pressuposto fundamental para a existência da democracia e da liberdade, de modo que o tema em questão é um dos mais

---

<sup>66</sup> Boa parte do texto constante deste subitem foi desenvolvida originalmente sob a forma de um trabalho apresentado ao XVI Congresso do CONPEDI, realizado em Belo Horizonte em novembro de 2007, com o título “Reserva do possível X mínimo existencial: o controle de constitucionalidade em matéria financeira e orçamentária como instrumento de realização dos direitos fundamentais”. Todo o texto original foi, contudo, devidamente revisto, atualizado e complementado para fins de sua inserção nesta tese.



relevantes para a construção de uma sociedade em que todos tenham iguais oportunidades de desenvolver o seu potencial.

A ausência de recursos financeiros não se pode extrair pura e simplesmente da ausência de previsão de recursos orçamentários, pois, como salientou com percuciência José Adércio Leite Sampaio, em Seminário realizado pela Escola Superior do Ministério Público Federal em 2006 em Curitiba, **a legislação orçamentária pode e deve ser questionada quando houver alocação de recursos a outras áreas em detrimento da realização de direitos**<sup>67</sup>. Voltarei a abordar mais adiante o tema do controle de constitucionalidade da legislação orçamentária.

A reserva do possível fática (ausência de recursos) é um conceito ainda mais problemático, ainda mais fluido, ainda mais polêmico que o de mínimo existencial. Tem sido invocada indiscriminadamente pelo Poder Público para se furtar à implementação de direitos fundamentais e não existem ainda critérios objetivos para delimitá-la. Quando se trata de direitos fundamentais, contudo, é evidente a necessidade de reconhecer a existência de uma maior restrição ao espaço de conformação do legislador e de se considerar a existência de limites à discricionariedade do administrador.

Já a reserva do possível jurídica costuma ser invocada com base nos princípios da separação de poderes e da legalidade orçamentária. Entendo, porém, que dogmas como o da separação de poderes e o da legalidade orçamentária não podem ser invocados para afastar efetividade da Constituição, já que, se não for reconhecida a supremacia da Constituição, todas as regras e princípios inseridos no texto constitucional restarão ameaçados. Nota-se que ambos os princípios referidos (separação de poderes e legalidade orçamentária) foram construídos num quadro histórico de contenção contra os abusos do poder estatal. Este quadro histórico, naturalmente, em muito se modificou, pois a esta legítima e relevante preocupação original se agregou a não menos fundamental preocupação de conceder ao Estado tarefas de importância fundamental – e, ao mesmo tempo, garantir que ele de fato desempenhe estas tarefas. Flávia Piovesan bem discorre sobre a nova compreensão da separação de poderes:

É perceptível a preocupação do constituinte de 1988 em potencializar a força normativa da Constituição e, ao mesmo tempo, engendrar mecanismo de controle e vigilância mútua entre os poderes constituídos, o que empresta

---

<sup>67</sup> “Controle de constitucionalidade e políticas públicas”, in: *Seminário: Implementação Jurisdicional de Políticas Públicas*, realizado pela Escola Superior do Ministério Público Federal do Paraná, Curitiba, 28 e 29 de junho de 2006.

tônica renovada à independência e à harmonia dos poderes. Para o caso brasileiro, parece pertinente o ensinamento de Nuno Piçarra, no sentido de que: “O princípio constitucional da separação de poderes não é prévio à Constituição, mas constrói-se a partir dela.” (2003, p. 170).

Vale a pena ainda referir as lições de Nagibe de Melo Jorge Neto neste particular:

**A separação de poderes não se justifica nem se mantém em si mesma, mas pelo seu fim, a saber, impedir a concentração de poder nas mãos de uns poucos.** É preciso atentar, contudo, que o parâmetro e a medida do poder estatal foram substancialmente alterados. Se, no Estado liberal, media-se o poder do Estado pela possibilidade de editar leis e, por meio delas, determinar condutas e proibir comportamentos, assegurando aos cidadãos a liberdade de ação lícita, no Estado social, o poder estatal, além de assegurar a liberdade, deve servir fundamentalmente como instrumento para que o Estado possa promover a igualdade entre seus súditos. [...]

Nessa quadra, caberia perguntar: **o controle das políticas, a garantia da efetivação dos direitos fundamentais difusos e coletivos poderia conduzir a um despotismo do Poder Judiciário?** (2008, p. 64-65 - destaquei).

Mais adiante, responde ele a esta indagação crucial:

O Judiciário é o garante do cumprimento das escolhas assumidas pelo poder constituinte originário, não de modo absoluto [...] Mesmo porque as escolhas políticas do poder constituinte originário, embora excluam certos caminhos, deixam ao legislador infraconstitucional uma margem de escolha para o cumprimento dos objetivos constitucionais ainda infinita. De toda sorte, como corolário do princípio democrático, a sociedade tem o direito de sindicatar tais escolhas; senão substituí-las, vê-las efetivadas e, quando tais escolhas deixam de ser feitas, quando as políticas públicas simplesmente não são adotadas, é direito da sociedade exigir que, em um prazo razoável de tempo, tais escolhas sejam feitas, e as ações sejam efetivadas. (2008, p. 71).

Andreas Krell, em seu estudo sobre a justiciabilidade dos direitos sociais, faz uma crítica da transposição do conceito de reserva do possível da jurisprudência e doutrina alemãs para a realidade constitucional brasileira, que tem características tanto normativas como sócio-econômicas totalmente distintas, tecendo considerações contundentes a respeito:

[...] parece difícil que um ente público não possa conseguir ‘justificar’ sua omissão social perante critérios de política monetária, estabilidade, contenção de gastos, as exigências financeiras dos diferentes órgãos (Assembléias Legislativas, Tribunais de Justiça, Tribunais de Contas, etc.). Resta observar que não se trata definitivamente de ‘conferir certo caráter messiânico ao texto constitucional’, mas simplesmente de levá-lo a sério. [...]

Pensando bem, o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de ‘caixas cheias’ do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero; a subordinação aos ‘condicionantes econômicos’ relativiza sua universalidade, condenando-os a serem considerados ‘direitos de segunda categoria’. Num país com um dos piores quadros de

redistribuição de renda do mundo, o conceito da ‘redistribuição’ (*Umverteilung*) de recursos ganha uma dimensão completamente diferente. (2002, p. 53-54).

Deste modo, para ele, “a discussão européia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado.” (2002, p. 54). Afirmar ele, ainda:

Temos certeza de que quase todos os doutrinadores do Direito Constitucional alemão, se fossem inseridos na mesma situação sócio-econômica de exclusão social, com a falta das condições mínimas de uma existência digna para uma boa parte do povo, passariam a exigir com veemência a interferência do Poder Judiciário, visto que este é obrigado a agir onde os outros Poderes não cumprem as exigências básicas da Constituição (direito à vida, dignidade humana, Estado Social). (2002, p. 109).

À luz dos ensinamentos referidos, parece ainda mais inaceitável a alegação de que o Judiciário não poderia interferir na política orçamentária, com base em suposta violação da separação de poderes <sup>68</sup>.

Sérgio Arenhart bem sintetiza a questão: “embora se reconheça a importância da reserva do possível como limitador à atuação jurisdicional na implementação de políticas públicas, deve-se notar que este elemento não pode ser considerado como obstáculo absoluto”, dele não resultando “a insindicabilidade geral dos atos de governo, sob o simples argumento da ausência de disponibilidade financeira para tanto”. Em realidade, para ele, quando se tratar da efetivação de direitos fundamentais,

[...] estes interesses somente podem ser restritos – **ainda que por conta da reserva do possível** – na medida em que esta restrição atende a outro interesse também fundamental. Trata-se, em essência, da aplicação da ponderação de princípios. De toda forma, e também por conta da aplicação desse critério, sempre **será necessário preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais em questão**, já que isso constitui uma das premissas da proporcionalidade. (2007, p. 11 – grifos do autor).

<sup>68</sup> Para Krell, “Torna-se cada vez mais evidente que o vetusto princípio da separação dos poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII, está produzindo, com sua grande força simbólica, um efeito paralisante às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal.” (2002, p. 88). Ele cita, neste passo, as lições de Hamilton, Jay e Madison, autores dos *Federalist Papers*, ao conceber o sistema americano de separação de poderes, que se baseia no sistema de freios e contrapesos e serviu de inspiração para a estruturação de nosso presidencialismo. Para eles, a separação de poderes não significa “que os três poderes devam ser reciprocamente independentes, mas que se deve excluir que quem possua todos os poderes de um determinado setor possua também todos os poderes de um outro, de modo a subverter o princípio sobre o qual se baseia uma constituição democrática, e que portanto é necessária uma certa interdependência entre os três poderes para que a cada um seja garantido o controle constitucional dos demais” (2002, p. 89).

A consequência disso, para Arenhart, é que, “verificada a ausência de qualquer limitação financeira, ou a aplicação de recursos em finalidade **evidentemente menos importante** do que aquela a ser protegida, cumpre afastar o limite ora estudado, sendo imponível a prestação para o Estado.” (2007, p. 12) <sup>69</sup>.

Deste modo, há que se concordar com a afirmação de Sandoval Alves da Silva de que “as normas constitucionais sobre direitos fundamentais obrigam o legislador a criar as respectivas leis que fixam as prestações positivas e o administrador a oferecer os serviços e prestações para a realização dos direitos constitucionais” (2007, p. 196). E, se obrigam, devem ser atribuídos efeitos jurídicos à omissão do Executivo e do Legislativo nesse sentido.

Todas essas premissas apontam num único sentido: a inevitabilidade do **controle de constitucionalidade da legislação orçamentária**. Ana Paula de Barcellos deixa claro que admitir-se este controle, por força da imperatividade da Constituição, “não significa que não haja espaço autônomo de deliberação majoritária acerca da definição das políticas públicas ou do destino a ser dado aos recursos disponíveis [...] **não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo**”, ou seja, “essa deliberação não estará livre de alguns condicionantes jurídico-constitucionais” (2002, p. 13-14 – destaquei).

É da mesma autora a interessante consideração sobre a escassez da produção doutrinária a respeito do tema, em contraste com a farta produção voltada à contenção da arrecadação: “Há uma grave e legítima preocupação em limitar juridicamente o ímpeto arrecadador do Estado; nada obstante, não existe preocupação equivalente com o que o Estado fará, afinal, com os recursos arrecadados.” (2002, p. 15). Compartilho de seu espanto quanto a essa dissonância e, apesar de o momento atual estar marcado pelos reclamos contra o crescimento acelerado da carga tributária brasileira nos últimos anos, penso que o problema principal reside, isto sim, na **forma de utilização** desses recursos <sup>70</sup>, já que, na maioria dos países desenvolvidos, a carga tributária é significativamente maior do que a brasileira e, no

---

<sup>69</sup> E prossegue ele: “Não fosse assim, como explica ALEXY, em tempos de crise econômica seria perfeitamente justificável o aniquilamento de direitos fundamentais, justamente sob o pressuposto de que os interesses financeiros do Estado deveriam ser postos em primeiro lugar, o que, obviamente, não é verdade.” (idem).

<sup>70</sup> Apesar de toda a corrupção, desperdício e ineficiência que caracterizam diversos setores da Administração Pública no Brasil, é inegável a insuficiência de recursos para realizar as tarefas constitucionalmente atribuídas aos entes públicos e, se isso se deve em parte à sonegação, em parte se deve à baixa carga tributária, que, além de tudo, é, muitas vezes, regressiva, tributando mais quem tem menor capacidade contributiva.

entanto, a população não parece estar revoltada com o fato, mas sim satisfeita de modo geral com o emprego que se dá aos recursos arrecadados.

Como observa Alexy, em precioso artigo sobre colisão entre direitos fundamentais,

[...] a cobrança de impostos serve diretamente [...] à produção da capacidade de ação financeira do Estado. A capacidade de ação financeira do Estado é, em termos genéricos, um pressuposto de sua capacidade de ação. O Estado social pede que ela seja consideravelmente ampliada (1999a, p. 72).

Ademais, se a repercussão em matéria orçamentária, tal como ocorre com a reserva do possível, fosse limite intransponível para as decisões judiciais, é evidente que toda a legislação e arrecadação tributárias seriam insuscetíveis de controle de constitucionalidade e de legalidade, pois, toda vez que o Judiciário decide que uma lei tributária que institui ou aumenta tributo é inconstitucional ou que um ato arrecadatório da administração tributária é ilegal, restam diminuídas as fontes de receitas orçamentárias <sup>71</sup>.

Em realidade, a reserva do possível pode e deve ser considerada nos precisos termos em que o Tribunal Constitucional alemão inicialmente formulou o conceito: “aquilo que se deve razoavelmente esperar do Estado”, o que, evidentemente, varia no tempo e no espaço, mas funciona como um **limite** – que pode e deve existir – **para as expectativas dos indivíduos em relação à contribuição do Estado para sua realização existencial**.

Sob o prisma processual, Sandoval Alves da Silva defende que **o ônus da prova da insuficiência dos recursos orçamentários é do Poder Público**, pois

[...] a alegação da teoria da reserva do possível ou da impossibilidade de cumprimento da decisão judicial não deve ser formulada de forma infundada, cabendo ao Poder Público a comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos e do não desperdício dos recursos existentes, além de respeitar os limites do mínimo existencial. (2007, p. 192).

No mesmo sentido as lições de Miguel Carbonell, para quem “la falta o insuficiencia de recursos no debe tomarse como una verdad *prima facie*, sino que debe de ser acreditada por el Estado.” (2005)

Como se verá a seguir, autores como Ana Paula de Barcellos chegam a defender a possibilidade de interferência do Judiciário na alocação de recursos orçamentários, bem como

---

<sup>71</sup> É o que anota Jorge Pereira da Silva: “não há justificação para distinguir os efeitos financeiros das decisões dos tribunais criadoras de despesas adicionais imprevistas dos efeitos das sentenças que decidam pela inconstitucionalidade de leis geradoras de receitas, quer de receitas fiscais quer de receitas de outra natureza.” (2003, p. 239).

no atingimento das metas definidas pelo próprio poder político e, ainda, no controle da eficiência mínima (economicidade) de políticas públicas <sup>72</sup>. Salienta ela, contudo, que os controles judiciais devem assumir formas que não substituam as deliberações dos órgãos políticos, bem assim que fomentem o controle social (e não o substituam), fornecendo informações relevantes para solução do problema. Para a jurista carioca, “não é possível que as esperanças todas sejam transferidas ao Judiciário. Deve-se criar condições para um efetivo controle político-social.” <sup>73</sup>.

Ou seja, para que o Estado dê conta efetivamente da universalização de direitos fundamentais, que é a sua mais básica missão constitucionalmente estabelecida, razão de ser todas as suas funções, de sua existência, por assim dizer, é necessário não apenas controlar a utilização dos recursos públicos, mas apoiar a existência de uma **tributação condizente com os desafios que a ele se colocam**.

Anota com precisão Gilberto Bercovici:

A concepção tradicional de um Estado demasiadamente forte no Brasil, contrastando com uma sociedade fragilizada, é falsa, pois pressupõe que o Estado consiga fazer com que suas determinações sejam respeitadas. Na realidade, o que há é a inefetividade do direito estatal. De acordo com Marcelo Neves, o Estado é bloqueado pelos interesses privados. A conquista e ampliação da cidadania no Brasil, portanto, passam pelo fortalecimento do Estado perante os interesses privados e pela integração igualitária da população na sociedade. (2003, p. 182).

Marcos Gomez Puente demonstra ser também inaceitável que o cumprimento das decisões judiciais que tutelam direitos fundamentais fique subordinado à prévia existência de recursos orçamentários:

[...] el principio de legalidad presupuestaria, conforme al cual la Administración no puede afrontar el pago de obligaciones económicas que no cuenten con el correspondiente crédito o consignación presupuestaria previa, no puede oponerse al cumplimiento por la Administración de las sentencias en las que se le condena al pago de una cantidad líquida. (1997, p. 59).

Assim, para ele, a Administração está obrigada a incluir no orçamento os recursos necessários para o atendimento a tais decisões judiciais (1997, p. 59), de modo que seria

---

<sup>72</sup> “Controle jurídico e controle político-social das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: limites e possibilidades”, in: *Seminário: Implementação Jurisdicional de Políticas Públicas*, realizado pela Escola Superior do Ministério Público Federal do Paraná, Curitiba, 28 e 29 de junho de 2006.

<sup>73</sup> *Idem*.

inconstitucional a legislação orçamentária que as omitisse, caracterizando-se, portanto, um direito à medida legislativa concreta.

Também Eros Grau, em texto muito anterior à sua posse como Ministro do STF, já se manifestou a respeito do tema, sob o prisma do conflito entre os princípios da legalidade da despesa pública e da sujeição da Administração às decisões judiciais. Para resolver um conflito entre princípios, lembra ele, deve-se levar em conta o peso relativo de cada um deles. No caso em tela, aduz: “não tenho dúvida quanto ao prevalecimento do princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário em relação ao princípio da legalidade da despesa pública”, pois o primeiro constitui “princípio jurídico fundamental”, verdadeiro “axioma de direito público”. Assim, para ele, o “acatamento ao princípio da legalidade da despesa pública mediante o sacrifício da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário resultaria inteiramente insustentável” (1993, p. 143).

Todavia, Sandoval Alves da Silva relata que o Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, entendeu serem as leis orçamentárias insuscetíveis de controle de constitucionalidade, por se tratarem de “leis temporárias ou de efeitos concretos”, apesar de serem as leis orçamentárias, para o pesquisador mencionado, aquelas que

[...] representam, *prima facie*, de forma geral e abstrata, o montante de recursos públicos disponíveis para cumprir as obrigações constitucionais de atendimento aos direitos constitucionais [...] e as obrigações de pagamento a serem assumidas pela Administração e destinadas a atender as necessidades públicas definidas nas leis dessa natureza (2007, p. 228).

Ou seja, trata-se de normas gerais e abstratas, por não estarem especificados, no momento da sua edição, quem serão os devedores de tributos, nem quem serão os beneficiários das prestações estatais. Assinala ainda o autor:

[...] o orçamento, quando fixa uma despesa pública, está impondo aos agentes públicos uma obrigação de realização das políticas públicas, conferindo executoriedade e efetividade aos direitos fundamentais sociais contidos nas normas constitucionais e garantindo em abstrato as condições de pagamento a quem for necessário na concretização de tais direitos.

Ora, se os direitos fundamentais sociais não podem ser exigidos antes de delimitados, como após essa delimitação eles não podem ser objeto de demanda judicial para cumprimento? (2007, p. 231-232).

A boa notícia, segundo o autor, é que

[...] o STF já vem adotando mudança na interpretação no sentido de conceber contornos abstratos e autônomos nas leis orçamentárias, admitindo o controle de constitucionalidade pela via concentrada [STF ADI 2.925/DF –

Relator Min. Marco Aurélio], restando evoluir para todos os casos que representem ofensa à Constituição. (2007, p. 232-233).

Também noticia ele que o Ministro Gilmar Ferreira Mendes recentemente suscitou questão de ordem acerca do controle de constitucionalidade de leis concretas e de efeitos temporários ou já revogadas (ADI 1244/SP).

A realidade é que grande parte da doutrina e da jurisprudência brasileira está ainda atrelada ao modelo francês de Estado Liberal de Direito, ignorando as transformações introduzidas em nosso sistema constitucional desde as Constituições de 1891 e de 1934. Citando mais uma vez as lições de Krell,

[...] na medida em que as leis deixam de ser vistas como programas **condicionais** [imposição de sanções aos particulares e de limitações ao poder estatal] e assumem a forma de programas **finalísticos** [imposição de tarefas ao poder público e de direitos a que estas sejam cumpridas], o esquema clássico da divisão dos poderes perde sua atualidade. (2002, p. 90)

<sup>74</sup>.

Lamentavelmente, existe uma tradição de colocar o princípio da separação de poderes, que é um princípio instrumental, acima até da proteção de direitos fundamentais, como se ele fosse um princípio constitucional superior aos demais. Sandoval Alves da Silva sintetiza bem a questão: “o princípio da separação dos poderes e a competência de dispor do orçamento não são idéias absolutas, pois sofrem limitações constitucionais, nem são fins em si mesmos, mas meios para o controle do Poder Estatal e garantia dos direitos individuais” (2002, p. 187).

Nota-se, porém, que existem diversas vozes dissonantes na doutrina mais aprofundada sobre o assunto. Assim, para Krell,

Uma solução para o problema da dedicação insuficiente de verbas públicas para a realização de serviços sociais seria a contestação e o controle das leis orçamentárias do respectivo ente federativo, por ação direta de inconstitucionalidade (através do Ministério Público, artigo 102, I, CF) toda vez que contrariarem dispositivos constitucionais. (2002, p. 102).

No mesmo compasso, Miguel Carbonell defende o controle judicial da legislação orçamentária, justamente porque parte das obrigações do Poder Público em matéria de direitos sociais depende de recursos financeiros suficientes e isto “implica em que el legislador

---

<sup>74</sup> Como sustenta Sérgio Arenhart, “o sistema adotado no Brasil não é o da ‘separação de poderes’, mas sim o do ‘balanceamento dos poderes’. Ou seja, o direito nacional não concebe a vedação de o Judiciário controlar atividades de outros ‘poderes’ [...] sempre que a atividade dos outros ‘poderes’ se mostre ilegal ou contrária às diretrizes principiológicas da Lei Maior, impõe-se a atuação do Poder Judiciário, coibindo esta ilegalidade e apontando o caminho correto da atividade do Estado, seja vedando certa conduta, seja ainda impondo-a, quando verificada a omissão.” As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>>, p. 07.



no podrá destinar a áreas no prioritarias los recursos que hacen falta para realizar los derechos sociales”, além de ser também no controle da legislação orçamentária que se pode verificar o cumprimento da realização progressiva dos direitos sociais (2005, p. 66).

Ao abordar a questão da justiciabilidade dos direitos sociais, Clève defende a utilização de ações coletivas com a finalidade tanto de controlar a constitucionalidade da legislação orçamentária quanto de exigir o cumprimento desta:

Um bom caminho para cobrar a realização progressiva desses direitos (porque são direitos de eficácia progressiva) é o das ações coletivas, especialmente, das ações civis públicas. Tratar-se-ia de compelir o Poder Público a adotar políticas públicas para, num universo temporal definido (cinco ou dez anos), resolver o problema da moradia, do acesso ao lazer, à educação, etc. É claro que, neste caso, emerge o problema orçamentário. Todavia, cumpre compelir o Estado a contemplar no orçamento dotações específicas para tal finalidade, de modo a, num prazo determinado, resolver o problema do acesso do cidadão a esses direitos. Desse modo, tratar-se-ia de compelir o Poder Público a cumprir a lei orçamentária que contenha as dotações necessárias (evitando, assim, os remanejamentos de recursos para outras finalidades), assim como de obrigar o Estado a prever na lei orçamentária os recursos necessários para, de forma progressiva, realizar os direitos sociais. E aqui **é preciso desmistificar a idéia de que o orçamento é meramente autorizativo. Se orçamento é programa, sendo programa não pode ser autorizativo. O orçamento é lei que precisa ser cumprida pelo Poder Executivo.** (2003, p. 299 - grifei).

Já Ana Paula de Barcellos é pioneira ao procurar delinear os **parâmetros para o controle de constitucionalidade da legislação orçamentária**, controle que implique, por exemplo, “concluir que determinada meta constitucional é prioritária e, por isso, a autoridade pública está obrigada a adotar políticas a ela associadas” ou que “determinada política pública, embora aprovada pelos órgãos majoritários, não deve ser implementada até que as metas prioritariamente estabelecidas pelo constituinte originário tenham sido atingidas” (2007, p. 16). Também para ela, esse parece ser o “momento de repensar a teoria jurídica que prevalece até hoje no Brasil acerca do orçamento, sobretudo de seu papel na definição das políticas públicas e de seus efeitos.” (2007, p. 29).

O primeiro parâmetro que ela identifica é aquele do **respeito aos percentuais mínimos de gastos que a Constituição estabelece para determinadas áreas**, como educação (artigo 212), saúde (artigo 198, § 2º.), seguridade social e educação (artigo 195) (2007, p. 20). Trata-se de apurar se as leis orçamentárias estão contemplando estes percentuais mínimos e se as despesas efetivamente a eles correspondem. Para tal fim, salienta

ela, “será preciso ter acesso a informações tanto no que diz respeito aos valores arrecadados pelo Estado, quanto no que toca à aplicação real desses recursos”.

Além disso, “é preciso definir que consequências podem ser atribuídas a esse fato [eventual descumprimento], seja para punir o responsável pelo ilícito constitucional, para impedir que o ato praticado produza efeitos ou ainda para produzir o resultado desejado pela Constituição.” (2007, p. 20).

“Um segundo parâmetro de controle que se pode construir a partir do texto constitucional – prossegue – diz respeito ao **resultado final esperado da atuação estatal**” (grifei). Trata-se aqui de “extrair das disposições constitucionais efeitos específicos, que possam ser descritos como metas concretas a serem atingidas em caráter prioritário pela ação do Poder Público” (2007, p. 20), tais como oferecer o ensino fundamental gratuito para toda a população (artigo 208, I). Definidas tais metas concretas, o que ocorre com grau bem maior de dificuldade em outras áreas, como saúde, “os recursos disponíveis deverão ser obrigatoriamente aplicados em políticas públicas vinculadas a essa finalidade constitucional, de modo que outros gastos, não prioritários, devem esperar” (2007, p. 22).

Por fim, o terceiro parâmetro sugerido pela autora diz respeito ao controle da própria **definição das políticas públicas a serem implementadas**, isto é, “dos meios escolhidos pelo Poder Público para realizar as metas constitucionais”. Não obstante reconheça que, a princípio, os Poderes Legislativo e Executivo são livres para escolher os meios para cumprir as metas constitucionalmente definidas, é possível, embora complexo – e, pode-se acrescentar, é absolutamente necessário –, “conceber parâmetros de controle nesse particular para o fim de eliminar das possibilidades de escolha à disposição das autoridades públicas os meios comprovadamente ineficientes para a realização das metas constitucionais.” (2007, p. 23). Frise-se que este controle, desde a Emenda Constitucional nº 20/98, está abrangido expressamente nos critérios de fiscalização da constitucionalidade da Administração Pública, a partir da positivação do princípio da eficiência no *caput* do artigo 37.

Neste passo, Marcos Aurélio de Freitas Barros salienta a importância da “tutela preventiva, antes ou no curso da execução orçamentária” (2008, p. 163), fornecendo, além dos parâmetros já mencionados por Ana Paula de Barcellos, parâmetros adicionais para tal fim, quais sejam:

- a) a necessidade de compatibilidade da Lei Orçamentária Anual com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e desta com a Lei do Plano Plurianual (2008, p. 177); e
- b) o fato de um determinado programa ter sido definido por algum conselho de política pública e não ter sido incluído no orçamento (2008, p. 187).

Identificados os parâmetros para o controle, aponta Barcellos, “sua aplicação efetiva depende de dispor-se de informação acerca: (i) dos recursos públicos disponíveis; (ii) da previsão orçamentária; e (iii) da execução orçamentária” (2002, p. 24). Todavia, segundo a autora, nem sempre estas informações estão disponíveis:

No campo das receitas públicas, diversos orçamentos não distinguem a arrecadação prevista por tributos. Na mesma linha, os relatórios acerca da arrecadação efetivamente verificada, quando disponíveis ao público, nem sempre discriminam as receitas por espécie tributária. [...]

Diversos orçamentos, de diferentes níveis federativos, aprovam apenas uma verba geral para despesas, sem especificação; outros veiculam uma listagem genérica de temas, sem que seja possível identificar minimamente quais as políticas públicas que se deseja implementar.

Os relatórios de execução orçamentária nem sempre existem e, em geral, são pouco informativos (2002, p. 25).

No entanto, como ressalta ela, todos esses detalhamentos são inerentes ao dever de elaborar a proposta orçamentária e depois prestar contas de seu cumprimento (artigo 70 CF), podendo ser coativamente exigidos (2002, p. 26-27), ou seja, é cabível a proposição de ação civil pública ou popular para compelir a esse cumprimento.

A autora cogita, ainda, das consequências atribuíveis em caso de verificação de inconstitucionalidade, à luz dos parâmetros mencionados: “em primeiro lugar, diz ela, é possível imaginar algum tipo de penalidade aplicável ao responsável”, o que, no caso das mais altas autoridades federais, já está previsto pelo artigo 85 da Constituição: os atos contrários “ao exercício dos direitos políticos, individuais e sociais” constituem crime de responsabilidade, ensejando pois a perda do cargo <sup>75</sup>. Em segundo lugar, defende ela que o ato inconstitucional seja impedido de produzir efeitos, ou seja,

[...] é possível conceber que o Estado seja proibido de gastar com, *e.g.*, publicidade governamental, até que as metas prioritárias estabelecidas pela Constituição sejam alcançadas. Em terceiro lugar, pode-se cogitar de o próprio Judiciário ser autorizado a impor aos demais Poderes Públicos o investimento nas metas constitucionais (2002, p. 28).

<sup>75</sup> No mesmo passo, vale lembrar que o artigo 34, VII, b, da Constituição Federal também prevê a possibilidade de decretação de intervenção federal nos Estados onde houver violações aos “direitos da pessoa humana”.

Nesta última hipótese, entendo que seria necessária a nomeação de uma equipe para monitorar o cumprimento da decisão judicial, talvez formada por membros da sociedade civil organizada. Para Sandoval Alves da Silva, é necessário “que o Poder Judiciário determine à autoridade administrativa a iniciativa das alterações orçamentárias, à semelhança do que ocorre em sede de mandado de segurança” (2007, p. 240-241). Ademais, como se sabe, a ausência de investimento dos percentuais mínimos constitucionalmente exigidos em educação e saúde autoriza a intervenção federal nos Estados e destes nos Municípios (artigos 34, VII, “e” e 35, III, da CF).

É necessário registrar que não encontramos na doutrina quem enfrentasse a problemática atinente à **omissão na instituição de tributos constitucionalmente previstos conjugada ao fato de não se realizarem os deveres impostos ao Poder Público com relação aos direitos fundamentais**. É o caso do Imposto sobre Grandes Fortunas, previsto pelo artigo 153 de nossa Carta Constitucional e até o momento não instituído pela União. Ora, se a realização de direitos fundamentais depende de recursos orçamentários, se a Constituição institui competências destinadas à obtenção destes fundos e estas competências não são exercidas e diversos direitos fundamentais não são efetivados por insuficiência de recursos, cumpre indagar se não estaríamos aí diante de uma gravíssima omissão inconstitucional no dever de tributar para dar cumprimento às finalidades do Estado brasileiro. Reconhecida a existência de uma omissão inconstitucional, evidentemente, devem ser atribuídas consequências aptas a corrigir a violação.

Como já foi manifestado no início deste tópico, alinho-me ao pensamento quase unânime na doutrina no sentido de que, principalmente quando se tratar de ações coletivas, não cabe ao Poder Judiciário a escolha dos meios necessários para a efetivação do direito fundamental violado por omissão, mas apenas a definição do resultado a ser atingido, cabendo aos Poderes políticos a escolha dos meios <sup>76</sup>. O problema é o que fazer quando o resultado não for alcançado de nenhuma maneira, sendo necessário lançar mão de meios executivos.

---

<sup>76</sup> Ana Paula de Barcellos menciona aqui, ao discorrer sobre o saneamento básico, que não se admitiria, por exemplo que não seria possível, “diante da ausência de estruturas de saneamento em determinada localidade, possa pleitear sua construção pela iniciativa privada”. Para ela, “o máximo que parece possível pretender é a inclusão obrigatória no orçamento do ano seguinte da verba destinada a tal fim ou, alternativamente, e respeitado o mesmo prazo, a delegação da execução do serviço a particulares, observados os procedimentos constitucional e legal próprios” (2002, p. 288), qual seja, a realização de licitação.

William Forbath anota que uma das formas pelas quais os tribunais americanos têm assegurado a efetividade da elaboração e implementação de políticas públicas relativas a direitos fundamentais tem sido mediante a determinação de que o Legislativo e/ou o Executivo lhes submetam planos de ação corretivos nas áreas em que exista deficiência (2007, p. 36).

No Brasil, a inexecução de políticas públicas relacionadas a direitos fundamentais, muitas vezes, tem sido consequência de problemas de **execução orçamentária**, dado o entendimento que tem prevalecido até o momento de que a legislação orçamentária tem caráter autorizativo, não imperativo. Na realidade, anota Élidea Graziane Pinto que, muito embora seja necessária alguma flexibilidade na execução orçamentária, esta liberdade tem sido completamente desvirtuada na prática do nosso Poder Executivo Federal. Para ela, “o caráter autorizativo da peça orçamentária deve ser percebido como liberdade conferida pela lei para o melhor atendimento da finalidade de promoção legítima dos gastos públicos” (2008, p. 73). No entanto, o grau de inexecução de programas previstos em lei orçamentária (em 2005, por exemplo, em vários programas a execução não chegava a 10%, sendo que a média total alcançou 61%, ou seja, 39% de inexecução) gera o que ela chama de “frustração reiterada de agendas orçamentárias discutidas, aprovadas em lei, mas apenas minimamente executadas” (2008, p. 77), causada tanto por “falhas no planejamento e nos atos administrativos de execução do gasto”, quanto, na grande maioria dos casos, por “contingenciamento preventivo de despesas para formação de superávits primários superiores às metas fiscais inscritas na LDO” (2008, p. 83)<sup>77</sup>. Tudo isso parece comprovar que temos aí mais um campo fértil para o controle judicial, já que o Poder Executivo tem reiteradamente descumprido a realização de programas já previstos na legislação orçamentária.

Necessário se faz ainda acolher os ensinamentos dos doutrinadores que têm se dedicado ao tema do exame da economicidade ou eficiência mínima das políticas públicas, cabível também em sede de controle judicial. Não faz sentido aqui que se realize apenas um controle formal no que diz respeito ao cumprimento de regras e percentuais previstos na Constituição ou nas leis. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, é preciso instaurar uma nova modalidade de controle, em que

---

<sup>77</sup> Como ela detalha em seu trabalho, tem sido prática corriqueira no plano federal o contingenciamento fora das hipóteses legais justificadoras, seja à luz do que dispõe a Lei 4.320/64, seja à luz do que dispõe a Lei de Responsabilidade Fiscal.

[...] o enfoque se deslocaria do exame da **manifestação da vontade administrativa**, com a preocupação de confrontá-la com os padrões de legalidade, para o exame da **efetividade da vontade administrativa**, em termos de **resultado**, ou seja, do efetivo atendimento dos cometimentos e condicionamentos constitucionalmente impostos ao Estado. (2008, p. 58) <sup>78</sup>.

Também Cristiana Fortini defende que o Judiciário possa analisar a eficiência, a economicidade, a proporcionalidade enfim dos gastos públicos, para além do controle meramente formal, o que não implica evidentemente em subtrair-se a competência dos entes administrativos, já que “não caberá ao juiz dizer o que é oportuno e conveniente, mas caberá denunciar a ocorrência de situações em que não se demonstrarem razões capazes de lastrear o contrato” administrativo. Para ela, “o controle dos motivos e dos fins reflete controle de legalidade” (2008, p. 47-48).

Ainda, cabe ressaltar que a análise dos critérios de direito material – notadamente o Constitucional – para resolver o intrincado problema do alcance do controle jurisdicional de políticas públicas, em especial no que se refere à omissão inconstitucional, não é ainda suficiente para colocar os operadores do Direito em reais condições de solucionar a questão. É inegável reconhecer que o direito processual não irá fornecer os mesmos instrumentos para todas as diferentes categorias de direitos fundamentais.

Um exemplo que deixa clara a distinção no tratamento é que **os direitos que pertencem ao núcleo do mínimo existencial requerem, sem sombra de dúvida, a sua tutela específica**, ao passo que outros direitos admitiriam a sua realização progressiva ou a sua conversão em indenização.

### **3.3 Responsabilidade do Estado por omissão no que pertine à concretização dos direitos fundamentais**

Importa analisar, por fim, esta possibilidade, o pagamento de indenização em caso de omissão constitucional, a qual tem caráter subsidiário em relação à tutela específica de direitos fundamentais, como salienta Jorge Pereira da Silva. Para ele, trata-se de “forma suplementar de tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos, a acrescentar à fiscalização

---

<sup>78</sup> Anota ele, mais adiante, que o desperdício e a ineficiência, lamentavelmente, não são peculiaridades do Estado brasileiro, pois recente estudo da OCDE demonstrou que “15 dos Estados membros da União Européia poderiam cortar comodamente 27% de seus gastos públicos mantendo os mesmos serviços” (2008, p. 60), sendo que, “com relação ao Brasil, os dados mais recentes sobre desperdício são ainda mais estarrecedores, pois dão conta de que corrupção e ineficiência administrativa consomem um terço da arrecadação” (2008, p. 61).

abstracta, concreta e preventiva das omissões inconstitucionais” (2003, p. 290)<sup>79</sup>, já que, em “muitos casos de omissão legislativa, sobretudo nas situações de omissão total, a protecção secundária poderá mesmo ser a única forma capaz de assegurar um mínimo de tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos constitucionais constitucionalmente consagrados” (idem). A responsabilização do Estado por suas omissões violadoras de direitos fundamentais aparece, assim, como “*ultima ratio* do Estado de Direito”.

O constitucionalista português em questão foi quem melhor se debruçou sobre o tema até o momento, tendo produzido uma belíssima tese de Doutorado sobre o assunto. Analisando o direito português, bastante semelhante ao nosso neste particular, assevera ele:

Segundo a doutrina claramente dominante, o artigo 22º da Constituição, ao prescrever que o Estado é civilmente responsável pelas acções e omissões praticadas no exercício das suas funções de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem, consagrou o instituto da responsabilidade civil do Estado por actos de qualquer das suas funções, incluindo, portanto, a função legislativa. [...]

Por seu turno, a jurisprudência dos nossos tribunais superiores, embora com algumas oscilações, tem aceiteado a figura da responsabilidade civil do Estado-legislador. (2003, p. 293 e 302).

Na doutrina brasileira, Luiz Alberto David Araujo discorre sobre os efeitos da declaração de uma omissão inconstitucional pelo Poder Judiciário, o que pode ocorrer quer em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, quer em mandado de injunção:

A declaração judicial da omissão implica no reconhecimento de dano a pessoa ou grupo de pessoas prejudicadas. Estamos diante de uma obrigação descumprida por uma pessoa de direito público, no caso, o Poder Legislativo da União Federal e, por outro lado, de titulares de direitos feridos, que sofreram prejuízos pela omissão legislativa, reconhecida através da coisa julgada. [...] Quer entendendo o problema sob o prisma individual, quer sob o meta-individual, duas regras ficam claras: há um reconhecimento de falta de cumprimento de dever (obrigação) do Poder Legislativo; há um princípio de responsabilização das pessoas de direito público. As duas regras devem ser entendidas dentro da ótica da inafastabilidade do Poder Judiciário para apreciar lesão a direito (inciso XXXV do artigo 5º). Logo, configurada a omissão, é cabível o ajuizamento de ação de perdas e danos contra a pessoa de direito público, responsável pela omissão. (1994, p. 187-190).

Já Flávia Piovesan nos dá notícia de entendimentos jurisprudenciais neste sentido:

Há decisões judiciais proferidas pelo STJ que fixam indenização por responsabilidade civil, em razão do não fornecimento de remédios que teria

<sup>79</sup> E prossegue ele: “Assim, no que respeita às omissões do legislador, a ‘protecção primária’, conferida pelos mecanismos de fiscalização da constitucionalidade, pode ser complementada pela ‘protecção secundária’, garantida por meio do instituto da responsabilidade do Estado pela inércia legislativa.” (2003, p. 291).

levado o paciente à perda de rim, com base no argumento de que ‘a omissão no fornecimento de remédio certamente configura inequívoca responsabilidade apta a produzir o dever de indenizar’ [Nota de rodapé: “Neste caso, o STJ condenou o Estado do Rio de Janeiro a indenizar o paciente em 500 salários mínimos a título de danos morais e uma pensão vitalícia correspondente à metade do que receberia quando perdeu o rim (STJ condena o Rio por não dar remédio a transplantado, Folha de São Paulo, 28 de junho de 2005, p. C6”], bem como há decisões que fixam indenização por responsabilidade civil em razão de deficiência física decorrente de gestante que fez uso de talidomida [Nota de rodapé da autora: ‘STJ, REsp 60129’] (2006, p. 63).

Krell também relata que “há quem recomende a condenação do Estado omissor a indenizar todo cidadão que se encontra impedido de exercer um direito reconhecido pela Constituição, o que obrigaria os governantes a refletir sobre os reais custos de implementação do respectivo serviço público.” (2002, p. 100) <sup>80</sup>.

Resta, assim, analisar quais os pressupostos específicos para o reconhecimento da responsabilidade do Estado nesta seara. Vou me valer, uma vez mais, das lições do ilustrado constitucionalista português, que começa por analisar o elemento culpa:

É comum a afirmação de que, em matéria de comportamentos omissivos, o conceito de ilicitude é bem mais exigente ou apertado do que em relação às acções, uma vez que aí se requer, para além do preenchimento dos demais pressupostos da responsabilidade civil – incluindo o da ilicitude –, a demonstração de um dever jurídico de agir. [...] quando se fala de omissões legislativas ilícitas, a fonte dos deveres de agir só pode encontrar-se em normas jurídicas que ocupem na ordem jurídica uma posição hierárquica ou funcionalmente superior às leis ordinárias, a começar naturalmente pela própria Constituição. (2003, p. 328-329).

O descumprimento deste dever de legislar é mais grave, por evidente, quando se trate da “não concretização de normas constitucionais não exequíveis consagradoras de direitos econômicos, sociais e culturais”. Contudo, ele preconiza certa prudência ao lembrar que “o alargamento desmesurado do dever de indemnizar sempre terá consequências financeiras não despreciandas, implicando a reafectação de receitas públicas que bem poderiam ser utilizadas com outros objectivos socialmente mais prementes.” (2003, p. 332).

Entende, assim, ser possível afirmar que

[...] há omissão culposa do legislador quando este podia e devia ter aprovado as normas legais constitucionalmente prescritas. Isto sem prejuízo de se entender que o grau de diligência exigível ao legislador deve ser

<sup>80</sup> Krell parafraseia neste trecho o pensamento de Anderson Cavalcante Lobato, no artigo “Os desafios da proteção jurisdicional dos direitos sociais, econômicos e culturais”, publicado na revista “Estudos Jurídicos – Revista da UNISINOS” (São Leopoldo – RS, nº. 86, set./dez. 1999, p. 5-24).



particularmente elevado, sobretudo quando se trata de matéria relativa a direitos fundamentais.

O autor fornece, neste passo, todo um rol de critérios atinentes ao processo legislativo, que deverão ser tidos em conta para analisar se existe ou não a omissão ilícita:

[...] o tempo decorrido desde a declaração de inconstitucionalidade de uma lei constitucionalmente devida; o tempo decorrido desde a verificação de uma inconstitucionalidade por omissão [...]; a clareza com que o dever de actuação legislativa resulta das normas constitucionais e, em particular, a sua natureza explícita ou implícita; a complexidade e extensão da legislação a emanar; as circunstâncias que determinaram o surgimento ou a necessidade de uma certa lei, a corrigir ou a emanar; a existência de projectos ou anteprojectos legislativos; a existência de trabalhos preparatórios; o conteúdo de eventuais debates parlamentares; os resultados de eventuais votações parlamentares [...]; a existência ou não de estabilidade política [...].

Por outro lado, há que verificar se ocorreu algum evento exterior à vontade do legislador e que [...] possa funcionar, embora impropriamente, como uma causa de exculpação. (2003, p. 333).

Quanto ao elemento dano, salienta ele, aplicam-se os princípios gerais da responsabilidade civil, ao passo que o nexo de causalidade existe “quando, em circunstâncias normais, a emanação atempada da lei constitucionalmente devida teria sido idônea a evitar o dano.” (2003, p. 334-335).

Importantíssima a análise que o autor faz sobre a relação entre a ação de reparação de danos por omissão inconstitucional e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Embora, evidentemente, uma decisão de procedência nesta última torne superada a discussão da culpa na primeira, não se poderia exigir que houvesse tal decisão para o ajuizamento da ação individual, já que, em Portugal, como no Brasil, “os cidadãos não têm legitimidade para desencadear esta modalidade de fiscalização.”

Seria possível, contudo, estabelecer uma relação de subsidiariedade em relação à fiscalização concreta da omissão (no Brasil, exercida, por exemplo, através do mandado de injunção), não no sentido de exigir que seja previamente utilizada aquela, mas sim como um critério de fixação da indenização. Diz ele: “Uma coisa é, portanto, fazer depender a procedência da acção de indemnização da utilização prévia de outros meios processuais, outra, bem diferente, é valorar a diligência processual do lesado para efeitos de determinação do *quantum* da indenização.” (2003, p. 343) <sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup> Indaga ele: “será legítimo pedir apenas uma indemnização, ignorando a possibilidade de superação da omissão legislativa? [...] Uma resposta negativa a estas questões significaria uma opção pela subsidiariedade da

Como já foi defendido, contudo, em matéria de controle judicial das políticas públicas concernentes a direitos fundamentais, o ideal é a tutela específica, de modo que revela-se imprescindível a construção de instrumentos processuais adequados para incrementar o acesso à justiça nesta seara.

Esta a razão pela qual procurarei demonstrar, no último capítulo deste trabalho, que a utilização simultânea de ações coletivas e de meios consensuais de resolução de controvérsias consistem justamente neste instrumento capaz de conferir efetividade aos direitos fundamentais que dependem de atuação do Estado para sua concretização.

---

responsabilidade civil perante os mecanismos da fiscalização, ainda que, nos tribunais judiciais, ambas as vias pudessem cumular-se no mesmo processo. Uma resposta positiva significaria uma opção pela autonomia, em que os lesados poderiam escolher a via que mais lhe conviesse.” (2003, p. 340).

## IV – CONCEITO E FUNCIONAMENTO DOS MEIOS CONSENSUAIS

O objetivo deste capítulo é, de um lado, elucidar as distinções entre os diferentes meios consensuais de solução de controvérsias e, de outro, apontar as diferentes abordagens existentes na utilização da mediação, além de deixar delimitadas as espécies de controvérsias a cuja resolução bem se presta este instrumento. Também se inclui em seu escopo o esclarecimento dos deveres éticos e questões envolvidas na capacitação e supervisão de mediadores.

### 4.1 Mediação de conflitos: delimitação

A mediação de um conflito pode ser definida como a intervenção construtiva de um terceiro imparcial junto às partes nele envolvidas, com vistas à busca de uma solução pelas próprias partes.

Para Maria de Nazareth Serpa, “mediação é um processo onde e através do qual uma terceira pessoa age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma disputa sem prescrever qual a solução.” (1999, p. 147). A mesma autora deixa claro que a intervenção deste terceiro imparcial é fundamental para engajar as partes numa discussão proveitosa.

Vou me valer do conceito de conflitos elaborado por Antonio Rodrigues de Freitas Júnior:

[...] situações em que estejam presentes, simultaneamente, 1. no plano objetivo: um problema alocativo incidente sobre bens tidos por escassos ou encargos tidos como necessários, sejam os bens e os encargos de natureza material ou imaterial; 2. no plano comportamental: consciente ou inconsciente, intencional ou não, contraposição no vetor de conduta entre dois sujeitos; e 3. no plano anímico ou motivacional: sujeitos portadores de percepções diferentes sobre como tratar o problema alocativo, como função de valores de justiça. (2009, p. 518).

A solução “definitiva” para o conflito pode ou não ser encontrada durante o próprio processo de mediação, mas o importante é que as partes tenham avançado rumo a ela, prossigam elas ou não rumo à construção da solução após encerrada a intervenção do terceiro.

Outrossim, é importante notar que, muitas vezes, se fazem necessárias intervenções paralelas à mediação, já que muitos conflitos são gestados no âmbito interno de cada pessoa (física ou jurídica), não sendo possível alcançar uma solução para eles no espaço da

mediação. No caso da pessoa física, é conhecida a distinção entre mediação e terapia, cuja realização pode inclusive ser uma das soluções encontradas no âmbito da própria mediação. É o que anota com propriedade Gladys Alvarez:

La mediación sirve para prevenir o resolver el conflicto: identificar cuestiones, explorar opciones y desarrollar un plan. Si el tratamiento de la parte como paciente mediante terapia integra este plan, debe llevarse a cabo fuera del contexto de la mediación; las intervenciones del mediador acerca de problemas que hacen a la relación deben estar al servicio de alcanzar un plan y destacar puntos a discutir, no de cambiar las personalidades o relaciones, excepto en la medida en que las partes se benefician en cuanto a moldear mejores modos de comunicarse para resolver la disputa (s/d, p. 143).

A definição de conflito elaborada por Remo Entelman é capaz de ir um pouco além do conceito apresentado por Freitas, que bem descreve o processo conflituoso em sua manifestação. Já a definição de Entelman (2002, p. 49), a meu ver, é capaz de penetrar na gênese, nas causas do conflito, que se encontram na existência de objetivos incompatíveis (ou que sejam vistos como tal):

Lo que propongo es que el criterio a utilizar sea la índole de los objetivos que cada miembro de la relación intenta alcanzar con las conductas recíprocas que realiza o se propone realizar. Serán relaciones de conflicto cuando sus objetivos sean incompatibles o, como veremos después, todos o algunos miembros de la relación los perciban como incompatibles. Cuando los objetivos no sean total o parcialmente incompatibles, sino comunes o coincidentes, tendremos relaciones de “acuerdo” que, en lugar de conductas conflictivas, generarán “conductas cooperativas” o “conductas coincidentes”, que pueden ser individuales o colectivas (Elster, 1997, 1996).

Esta definição e seu contraste com a situação de acordo ou cooperação sinaliza o estágio inicial e o estágio final de um processo bem-sucedido de mediação ou outro método consensual de solução de conflitos, durante o qual as partes transitam de uma situação em que seus objetivos percebidos são inconciliáveis para uma situação em que, ou percebem que há outros objetivos relevantes a serem considerados, ou visualizam uma possibilidade de sua compatibilização, ou ambos.

O conflito é um processo natural das relações humanas, mas, como bem sintetiza Humberto Dalla Bernardina de Pinho, existe uma fundamental diferença na forma de encará-lo:

Quando os mecanismos para resolução utilizados são inadequados, o conflito torna-se prejudicial. Por outro lado, os mecanismos naturais de negociação retiram do conflito o que ele tem de melhor, sua capacidade de gerar satisfação de interesses e resoluções construtivas. Quando esses mecanismos

são descartados, a função do conflito é a produção da violência, desajustes ou outros conflitos. (2009, p. 242)

Creio que é importante deixar claro, desde logo, que o processo de mediação não se realiza apenas mediante a utilização de parâmetros jurídicos, muito embora normalmente passe por ele. Como assinala Entelman, “Cuando el sistema jurídico elige los objetivos o metas que quiere privilegiar y pone a disposición de ellos la fuerza monopolizada, lo hace mediante una técnica tal que deja puntualizadas las metas ilegítimas creadas para privilegiar aquéllas otras.” (2002, p. 64). Em outras palavras, o sistema normativo escolhe os objetivos que merecem proteção coercitiva, ou seja, aqueles cuja legitimidade é tal que se poderá utilizar o aparato de força estatal para fazê-los valer em caso de ameaça ou violação.

Boa parte dos conflitos, contudo, como lembra Entelman, estão para além de uma mera situação de proibição, obrigação ou permissão de conduta, as quais têm como correlato o direito de outrem, nos dois primeiros casos, e constituem um direito próprio, no caso da permissão. A complexidade se verifica quando ambas as condutas, apesar de incompatíveis, são igualmente permitidas, caso em que “nos encontramos frente a un problema que carece de solución en el ordenamiento jurídico y en la ciencia del derecho.” (ENTELMAN, 2002, p. 65).

No espaço público, ao contrário do que se possa raciocinar, dado o peso de fato maior que a legalidade assume na definição do espaço de atuação dos agentes, situações similares também são de fácil verificação, dado que é absolutamente comum a utilização pelo texto normativo de termos genéricos, dando azo a um espaço significativo de discricionariedade no momento da aplicação da norma. Assim, é bastante comum a ocorrência, em determinado conflito, de duas ou mais interpretações igualmente aceitáveis em face do quadro normativo, porém incompatíveis entre si. Mais uma vez se verifica, então, que a mera referência ao sistema jurídico não é suficiente para construir-se a solução do conflito – daí a utilidade da mediação <sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup> Cabe referir aqui as lições de Humberto Dalla Bernardina de Pinho, inspiradas na doutrina americana a respeito:

“Há duas formas básicas de estabelecer a metodologia e as premissas básicas para a busca da solução.

A primeira é denominada “rights-based” e ocorre quando as partes analisam quais são as perspectivas da questão na hipótese de a causa ser levada à jurisdição, a fim de delimitar objetivamente a solução prática a ser alcançada. Esses dados são tomados como ponto de partida para a negociação.

A outra é denominada “interest-based” e se dá quando a solução for buscada com base nos interesses e necessidades das próprias partes no que tange aos direitos em conflito, deixando-se a análise fria do texto legal e das tendências jurisprudenciais para um segundo momento e apenas como forma de conferir executoriedade ao termo de acordo.” (2009, p. 244)

#### 4.1.1 Mediação X negociação

A principal diferença entre mediação e negociação é a presença de um terceiro facilitador, tanto que muitos denominam a mediação de simples “negociação facilitada”. Como objetivamente define Petrônio Calmon, “Negociação é o mecanismo de solução de conflitos com vistas à obtenção da autocomposição caracterizado pela conversa direta entre os envolvidos sem qualquer intervenção de terceiro como auxiliar ou facilitador.” (2007, p. 113).

Tanto a mediação quanto a negociação podem ou não ter como resultado a produção de um acordo, total ou parcial, ou o simples avanço (ou retrocesso) no processo de diálogo e/ou interação entre as partes, mas a utilização da mediação pressupõe que elas estejam com dificuldades para comunicar-se de forma que seja produtiva para os interesses de ambas e que um terceiro facilitador possa contribuir neste processo.

A utilização da mediação pressupõe, contudo, que seja adotado um determinado modelo ou ética de negociação, dentre as diferentes estratégias que um negociador pode adotar. Vou me valer, nesta tipificação, da classificação descrita por Gladys Álvarez em sua tese de Doutorado (s/d, p. 84 e ss.):

- a) a primeira é a estratégia da competição (grande preocupação com as metas pessoais e pouca preocupação com as relações), adotada por “quien busca alcanzar sus propias metas a toda costa, sin preocuparse por las necesidades o la aceptación de otras personas”; “en la mente de esta persona no hay duda de que ella tiene la razón”;
- b) a segunda é a da concessão (pouca preocupação com as metas pessoais e grande preocupação com as relações), que pode ser “altamente apropiado cuando se advierte que se está equivocado, teniendo un efecto muy positivo al momento de reconocer errores, postergaciones, olvidos y también cuando un tema no tiene mucho interés para la parte”;
- c) a terceira é a de evitar o confronto (pouca preocupação com as metas pessoais e pouca preocupação com as relações) – “en lugar de sufrir la tensión y la frustración del conflicto, la persona que utiliza este estilo simplemente se elimina a si misma,

---

No caso dos conflitos envolvendo entes públicos, naturalmente, a abordagem baseada em direitos (“rights-based”) sempre há de existir, porém defendo nesta tese que é possível e necessário incluir também a abordagem baseada em interesses (“interest-based”), ou seja, as duas abordagens não são mutuamente excludentes, e sim complementares.

ya sea mental o físicamente. Los encuentros con otros son tan impersonales como le sea posible y en caso de haber un desacuerdo esta persona se retirará”; evitar pode ser adequado quando se trata de questões de menor importância;

- d) a quarta é a de buscar o “meio-termo” (preocupação moderada tanto com as metas pessoais quanto com as relações) – “convenir puede ser apropiado cuando los objetivos son solo medianamente importantes y la persona puede colaborar moderadamente y hasta cierto punto con la otra”;
- e) a quinta é a de colaborar (grande preocupação tanto com as metas pessoais quanto com as relações) – “Las personas que utilizan este estilo son aquellas que buscan activamente satisfacer sus propias metas, así como las de los demás. No consideran a las dos preocupaciones básicas como mutuamente excluyentes [...] Consideran el conflicto como algo natural y útil que, incluso, si se maneja apropiadamente conduce a una solución más creativa.”; esse estilo é adequado quando os “objetivos son tales que es necesario contar con una estrecha colaboración para lograrlos”; nele, “existe la retroalimentación entre las personas sin ser acusadas o enjuiciadas.”

Este último estilo é exatamente o ideal num processo de mediação, embora o segundo e o quarto possam ter seu espaço em questões pontuais. A mediação é necessária justamente quando um ou mais dos envolvidos em um conflito não consegue assumir a colaboração como sua postura predominante.

Cabe ao mediador, assim, conduzir as partes a esta postura colaborativa, a única capaz de otimizar resultados. O sucesso do mediador se mede justamente pela sua capacidade de mobilizar as partes neste sentido, o que fará emergir naturalmente uma solução que seja a melhor possível para todos os envolvidos.

#### **4.1.2 Técnicas e propósitos da mediação: diferentes modelos**

Sob o ponto de vista da formatação dos trabalhos, usualmente, tanto processos de conciliação quanto de mediação iniciam-se com a realização de uma sessão de pré-mediação, onde são explicados os objetivos e os métodos do processo, seguida de sessões individuais com cada um dos lados envolvidos no conflito, alternando-se a seguir com sessões conjuntas.

Sob o ponto de vista do propósito da mediação, é preciso diferenciar entre os três modelos de mediação que se apresentam nos Estados Unidos da América e estendem sua influência ao nosso país e ao mundo <sup>83</sup>.

Para o modelo denominado de mediação voltada para a solução de problemas, esta solução se materializa na realização de um acordo. A mediação voltada para a solução do problema específico inscreve-se no paradigma da negociação, cujo grande marco teórico foi a obra dos Professores de Harvard Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton, “Getting to yes”, publicada nos EUA em 1983 <sup>84</sup>. A mediação nada mais seria, em realidade, que uma negociação facilitada. Os quatro passos para a construção de um acordo interessante para todos os lados, segundo os autores que influenciaram amplamente o cenário da mediação nos EUA, são: 1º.) separar as pessoas dos problemas; 2º.) focar em interesses (para que finalidade se deseja algo) e não em posições (as pretensões externadas num primeiro momento pelas partes); 3º.) gerar propostas de soluções criativas para o problema (expandir a “torta” antes de reparti-la); 4º.) estabelecer parâmetros justos e adequados para encontrar a solução final (critérios para “repartir a torta”).

Dentro desse modelo, costuma-se distinguir entre a mediação facilitadora e a mediação avaliadora, uma terminologia introduzida por Leonard Riskin e que gerou incontáveis debates entre mediadores nos EUA. Na primeira, o mediador não emite opinião sobre qualquer aspecto do conflito ou relacionamento entre as partes (em especial sobre os possíveis resultados de um julgamento a respeito), podendo apenas formular questões (ajudando as partes a focar em interesses e não em posições), identificar pontos em comum e diferenças a serem trabalhadas (ajudando-as a estabelecer uma agenda), ajudar as partes a elencarem critérios objetivos para solução do conflito, em suma, orientá-las quanto ao caminho de busca do acordo, mas não quanto ao conteúdo do mesmo (ele não deve julgar os parâmetros fornecidos pelas próprias partes, nem o comportamento passado delas). Já na mediação avaliadora, o mediador costuma fornecer às partes uma previsão quanto ao provável teor de uma decisão proferida pelo juízo competente, com o objetivo de fazer com que estas caminhem naturalmente para um acordo que, sem afrontar parâmetros jurídicos (notadamente

---

<sup>83</sup> Muito embora existam diversos exemplos históricos de desenvolvimento e utilização da mediação de conflitos na Antiguidade, com destaque para países do Oriente, mais recentemente, os EUA constituem o país em que tais métodos têm alcançado maior grau de utilização e sofisticação, espalhando sua influência pela América Latina, pela Europa Ocidental, Austrália, Nova Zelândia e até para alguns países do Extremo Oriente.

<sup>84</sup> A obra já foi traduzida para o português: **Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões**. Tradução Vera Ribeiro e Ana Luíza Borges. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.



quando se tratar de direitos irrenunciáveis), estabeleça uma solução que seja mais confortável para ambas do que a que decorreria do julgamento baseado em critérios puramente legais. É preciso, porém, ressaltar que, de acordo com o pensamento dominante, a eventual avaliação fornecida pelo mediador não deve chegar a ser um aconselhamento jurídico, que deve ser buscado pelas partes junto a seus advogados <sup>85</sup>. Cabe ao mediador, inclusive, remeter as partes a esse aconselhamento, sempre que for o caso, assim como cabe a ele apontar a necessidade de eventual perícia técnica ou aconselhamento psicológico, quando necessário. Muito embora a mediação avaliadora seja muito utilizada no contexto de programas de mediação judicial ou, ainda, quando os mediadores são provenientes da área jurídica (especialmente quando se trata de juízes aposentados), Leonard Riskin observa que ela traz diversos riscos para a percepção de imparcialidade do mediador, pode dificultar o acordo por “restringir a flexibilidade das partes”, pode fazer com que estas sejam menos sinceras em suas manifestações por saberem que o mediador vai avaliar, bem como podem ficar menos satisfeitas com o resultado do processo, eis que as técnicas avaliadoras diminuem a sua participação <sup>86</sup>. Ademais, quando uma avaliação jurídica preliminar for essencial para o avanço do processo (por exemplo, assistência jurídica ausente ou inadequada quanto ao conteúdo de um possível acordo), o mediador pode recomendar às partes a utilização de um avaliador externo – o que não comprometeria sua imparcialidade.

O Prof. Richard Birke faz um interessante contraponto à discussão, defendendo que toda mediação é, em parte, avaliadora e, em parte, facilitadora (2000). Para ele, sempre que o conflito objeto da mediação envolver direitos cuja existência ou medida valha a pena discutir num processo judicial, as partes aceitarão o acordo desde que ele pareça oferecer a cada uma delas pelo menos o mesmo que elas poderiam conseguir num processo judicial. Assim, a comparação será inevitável, ainda que feita algumas vezes às escuras. Na realidade, segundo ele, o que a “fase avaliadora” da mediação costuma definir é uma possível “zona de negociação”, compreendida entre o mínimo e o máximo que cada uma das partes poderia obter em juízo. A partir daí, começa a “fase facilitadora”, em que as partes buscarão construir um acordo que deverá, no mínimo, ser equivalente ao mínimo que seria possível obter em juízo, buscando exceder a esse mínimo para ambos os lados. A diferença entre estilos de

---

<sup>85</sup> O tema é objeto de diversos Códigos de Ética de Mediadores, especialmente quando se tratar de mediadores advogados. A ética no trabalho dos mediadores será tratada mais adiante.

<sup>86</sup> Compreendendo as orientações e estratégias técnicas do mediador: um padrão para perplexos. In: AZEVEDO, André Gomma. **Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação**. Vol. 1. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2002, p. 51.

mediação, para ele, reside apenas em que alguns mediadores colocam mais peso numa fase do que na outra.

Ressalte-se, ainda, que, segundo ele, via de regra, a “avaliação” reside apenas no fato de que os mediadores apontam, para cada uma das partes, em sessões privadas, os pontos fracos de seu caso (aspectos que apresentam dificuldade de prova, por exemplo), de modo a diminuir suas expectativas normalmente infladas quanto ao possível ou provável resultado do processo judicial. Fica evidente, todavia, que esse tipo de avaliação somente pode ser feito por profissionais da área jurídica, preferencialmente familiarizados com o processo contencioso e com o direito material envolvido, de modo que, se o mediador for profissional de outra área, a avaliação somente poderá ser adequadamente realizada por um terceiro ou pelo próprio advogado da parte.

Como já mencionado, um dos primeiros objetivos do mediador é trazer à tona as questões subjacentes ao conflito que influenciam na possibilidade de busca de uma solução. Esta solução, para o modelo que se convencionou chamar de “mediação transformativa” (proposto por Robert Bush e Joseph Folger, na obra “The promise of mediation”, publicada em 1994 nos EUA e ainda não traduzida para o português), não reside na simples obtenção de um acordo com relação ao problema específico que gerou o conflito, mas no estabelecimento de um novo padrão de relacionamento entre as partes, no qual estas passem a ter condições de gerar por si mesmas soluções para os conflitos que naturalmente surgirão ao longo de seu relacionamento.

John Paul Lederach, um dos expoentes do modelo, entende que a base do desenvolvimento de uma resposta para o conflito reside na compreensão destes fatores subjacentes. Para ele, “compreensão é o processo de criar significado. E a criação de significado requer que olhemos mais de perto (com um foco mais preciso) para algo”<sup>87</sup> – que estava subjacente (2003, p. 9).

Esclarece o mesmo autor que, para visualizar um conflito, precisaremos de “lentes”, as quais, utilizadas individualmente, irão clarear certos aspectos da realidade subjacente, mas ao mesmo tempo embaçar outros. Daí porque “precisamos de múltiplas lentes para ver diferentes aspectos de uma realidade complexa.”<sup>88</sup> Para este fim, ele propõe “três lentes que ajudam a

---

<sup>87</sup> Tradução desta autora.

<sup>88</sup> 2003, p. 10. Tradução livre desta autora.

criar um mapa do conjunto. Primeiro, precisamos de uma lente para ver a **situação imediata**. Segundo, precisamos de uma lente para ver além dos problemas presentes e vislumbrar os **padrões** mais profundos do relacionamento, incluindo-se o contexto no qual o conflito se manifesta. Terceiro, precisamos de uma **moldura** conceitual que reúna estas duas perspectivas, permitindo-nos conectar os problemas presentes aos padrões relacionais mais profundos.” (2003, p. 11). Com este instrumental, ele entende ser possível uma transformação do conflito, uma “abordagem que aspira criar processos construtivos de mudança através do conflito” (2003, p. 12). A meu ver, melhor seria falar em uma “transformação da situação que gerou o conflito” ao invés de simples “transformação do conflito” – divergência apenas terminológica. Esta proposta de transformação, segundo Lederach, não se satisfaz “com uma solução rápida que parece resolver o problema imediato”, mas busca “criar uma moldura capaz de tratar do conteúdo, do contexto e da estrutura do relacionamento.” (2003, p. 12).

É preciso lembrar, contudo, que, no complexo tecido social em que nos encontramos, existem relacionamentos de diversos graus, alguns bastante tênues, decorrentes de um convívio episódico, e outros bastante intensos, em que há um convívio constante e, por vezes, cotidiano (caso dos conflitos no meio familiar, no local de trabalho ou no ambiente escolar). Assim, nem todo conflito surge no seio de um relacionamento estável.

Parece evidente que, quanto maior o grau de envolvimento entre as partes, mais adequada parece ser a perspectiva da mediação transformativa <sup>89</sup>. Nesta, o mediador privilegia a atuação das partes na evolução do diálogo e na construção da solução, sem sugerir comportamentos específicos, mas apenas buscando ressaltar sutilmente a necessidade de cada parte assumir seu poder e responsabilidade pessoal, bem como de se sentir ouvida e reconhecida pela outra parte.

Quando, porém, o grau de relacionamento é bastante reduzido (o único vínculo entre as partes, por exemplo, é o de serem residentes de um mesmo Município ou Estado), a mediação focada basicamente na realização de acordos (modelo comumente adotado nos programas de mediação no âmbito do Poder Judiciário) pode ser suficiente. Nestes casos, ou não há um padrão de relacionamento passado a investigar, ou não haverá necessariamente um

---

<sup>89</sup> Parece pertinente ainda transcrever a síntese conceitual operada por Gladys Álvarez: “Desde el punto de vista de la mediación transformativa, al conflicto no se lo asume como un problema, sino como una oportunidad para el desarrollo moral, siendo que la mediación es utilizada para transformar a las personas, ayudándolas a luchar con las circunstancias difíciles y a establecer un puente entre las diferencias humanas durante las disputas.” (s/d, p. 134).

relacionamento futuro, ou não há qualquer um dos dois, razão pela qual não é necessário pensar em “transformação da situação relacional que gerou o conflito”. É o caso das partes que estão em conflito no que tange à verificação de responsabilidade e consequente valor de eventual indenização num acidente de trânsito. É claro que, também nesta situação, pode haver necessidade de transformação de um padrão de comportamento no trânsito, mas essa análise pode ser feita individualmente pelos envolvidos, já que esse comportamento não se desenvolveu no curso de um relacionamento entre ambos.

Por fim, o modelo de proposição mais recente é o da mediação narrativa, descrito por John Winslade e Gerald Monk na obra “Narrative mediation: a new approach to conflict resolution”, publicada nos EUA em 2000 e ainda não vertida para o português. Neste modelo, o objetivo da mediação pode ser descrito, em apertada síntese, como reinterpretar/reconstruir a posição das partes em relação ao conflito, sendo que isso é feito através do questionamento de preconceitos sócio-culturais das partes, mediante intervenção ativa do mediador, que não é considerado “neutro” ou “objetivo”, mas sim deve também questionar seus próprios estereótipos e condicionamentos sócio-culturais durante os trabalhos (ALBERSTEIN, 2007, p. 337). O modelo parece instrumental para lidar com qualquer tipo de conflito, embora seja mais útil em conflitos de maior grau de complexidade.

Apesar de registrar a diferença entre os diversos enfoques, julgo importante deixar claro que entendo que eles não se excluem mutuamente.

Muito embora a mediação narrativa e a mediação transformativa não se restrinjam, como visto, à busca do acordo pelo qual se resolve o conflito imediato, a obtenção deste é também uma consequência natural da reinterpretação do conflito, que se utiliza na mediação narrativa, bem como da alteração no padrão disfuncional de relacionamento entre as partes, que se busca na mediação transformativa.

Da mesma forma, muito embora o enfoque da mediação voltada para a solução de problemas seja a obtenção de acordos, isto não significa, de forma alguma, que não seja gerado um aprendizado para as partes no que diz respeito à ampliação de seu enfoque sobre o conflito ou à instauração de um relacionamento mais funcional no qual as partes se vejam mais aptas a administrar seus problemas futuros.

#### 4.1.3 Campo de abrangência da mediação

Não é possível definir o processo de mediação de conflitos sem mencionar dois traços que o diferenciam claramente dos métodos de solução heterocompositiva de conflitos:

- a) o reconhecimento e o trabalho com o contexto subjacente ao conflito;
- b) o reconhecimento e o trabalho com as emoções das partes envolvidas no conflito – traços que são comuns a qualquer dos modelos de mediação que já foram propostos (ALBERSTEIN, 2007, p. 337).

No modelo de mediação voltado para solução do problema imediato que deu origem ao conflito, a camada subjacente é a dos reais interesses, sendo que a mudança de foco das partes das posições para os interesses é, inclusive, o primeiro elemento chave para a solução do conflito.

No modelo de mediação transformativa, ideal para os conflitos originados em relacionamentos, a camada subjacente é justamente o padrão de relacionamento entre as partes, notadamente no que se refere ao exercício do poder pessoal e à percepção de reconhecimento dos interesses e sentimentos de cada parte pela outra.

No modelo de mediação narrativa, a camada subjacente, pode-se dizer, é o poder das partes de reinterpretar os fatos e remodelar as próprias percepções e reações a eles.

Entretanto, mesmo estando sempre presente uma preocupação com o contexto em que se insere o conflito, a prática revela muitas nuances no que diz à exploração das “camadas subjacentes”. Leonard Riskin formulou uma proposta de tipologia da mediação em quatro categorias <sup>90</sup>, e, assim, como outros autores fizeram em outros trabalhos que ele próprio menciona, um dos dois critérios básicos utilizados em tal classificação é o da abrangência da abordagem do conflito. Ele fornece um exemplo hipotético de desentendimento comercial entre duas empresas em que haveria quatro níveis de interesses a serem explorados: a) os riscos jurídicos, associados ao resultado de um processo judicial para decidir o conflito; b) os interesses comerciais existentes entre as partes; c) os interesses pessoais de melhora na comunicação e no relacionamento entre os empregados das duas empresas que mantêm

---

<sup>90</sup> Understanding mediators’ orientations, strategies and techniques: a grid for the perplexed. **Harvard Negotiation Law Review**. Vol. 1, no. 7, 1996. O artigo foi traduzido com o título “Compreendendo as orientações e estratégias técnicas do mediador: um padrão para perplexos”, como parte da coletânea organizada por André Gomma de Azevedo: **Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação**. Vol. 1. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2002.

contato entre si; d) os interesses da categoria de empresas a que cada uma delas pertence e que pode vir a ser objeto de uma ação coordenada para evitar novos problemas futuros. Enquanto a mediação restrita exploraria apenas o primeiro nível, a mediação ampla poderia explorar os demais, com resultados mais satisfatórios para as partes a médio e longo prazos.

Para o Prof. Riskin, muito embora os cursos de mediação procurem ensinar uma abordagem ampla, na prática a maioria dos mediadores acaba tendendo a uma abordagem restrita, o que é encorajado especialmente em programas que trabalham com grande número de conflitos <sup>91</sup>. Isso ocorre, naturalmente, porque a “definição restrita do problema pode aumentar as chances de resolução do problema e reduzir o tempo necessário à mediação”. Entretanto, aponta ele, “em alguns casos, uma abordagem restrita pode aumentar a chance de impasse porque dá pouco espaço para opções criativas de resolução”. Além disso, “uma abordagem restrita poderia impedir as partes de tratarem de interesses mútuos e permanentes, não levando nunca a um acordo duradouro e mutuamente vantajoso” (2007, p. 49) <sup>92</sup>. Em outras palavras, a solução mais fácil é também a menos durável.

Já no que toca aos sentimentos, o próprio modelo de mediação voltado para a solução de problemas imediatos reconhece que as “emoções afetam nossa habilidade de atingir os objetivos da negociação”, além de serem um meio de comunicar valores que são relevantes para o sentimento de identidade de cada uma das partes no relacionamento (SHAPIRO, 2001). No caso do modelo de mediação transformativa, o reconhecimento e domínio das próprias emoções e o reconhecimento e consideração das emoções da outra parte estão no coração da solução do conflito. No modelo de mediação narrativa, a ênfase parece ser dada ao reconhecimento e domínio das próprias emoções no contexto do conflito, já que o objetivo é reinterpretar o conflito e seu contexto.

#### **4.1.4 Tipos de conflitos solucionáveis por mediação**

Como muito bem aponta Warat, “a mediação pode se ocupar de qualquer tipo de conflito: comunitário, ecológico, empresarial, escolar, familiar, penal, relacionados ao

---

<sup>91</sup> “Há uma tendência ao domínio de mediações restritas nos programas públicos com muitos casos de mediação.” Tradução citada, p. 42.

<sup>92</sup> Tradução desta autora.

consumidor, trabalhitas, políticos, de realização dos direitos humanos e da cidadania e de menores em situação de risco, etc” (2001, p. 87).

Há, porém, quem levante dúvidas sobre a possibilidade de utilização em conflitos nos quais as partes em litígio estejam em situação de desigualdade, ou quando versem sobre direitos indisponíveis.

Antonio Rodrigues de Freitas Júnior responde muito bem a ambas as objeções. Para ele,

**[...] se relações entre sujeitos constituídos desigualmente não comportassem intervenção mediadora, mediação não teria lugar em nenhum tipo de relação intersubjetiva concreta.** Bem ao contrário do que afirmam esses céticos, **é precisamente a intervenção direta do mediador no equilíbrio intersubjetivo, por intermédio de técnicas a que se convencionou denominar de “empoderamento”<sup>93</sup>, que permite o tratamento menos desigual na confecção comum de uma pauta reconhecida pelos sujeitos enquanto substancialmente justa e equilibrada.** Por outro lado, **a dogmática processual predominante, caudatária do enaltecimento do princípio-regra da “ampla defesa” e da “igualdade formal” dos contendores, em lugar de atenuar, tende para o aprofundamento das assimetrias intersubjetivas.** (2009, p. 524 – grifos do autor).

No que diz respeito à controvérsia sobre a indisponibilidade dos direitos fundamentais, motivo para alguns autores sustentarem a impossibilidade de utilização da mediação, Freitas também pondera muito bem:

A linha de inferências expressa por Lília Sales, é de se dizer, orienta-se pela formulação ainda dominante na dogmática jurídica dos países de tradição romano-germânica, e de predominância latina. Se nos voltarmos para a literatura norte-americana ou canadense, por exemplo, notaremos que essa ortodoxia publicista, já em declínio até mesmo entre os autores mais recentes no direito público brasileiro, não integra sua agenda de interrogações. Mayer (2000:123-125), por exemplo, relata em detalhes uma de suas experiências como mediador em conflitos políticos, num caso entre defensores da vida selvagem e proprietários agrícolas. Em outra passagem (2000:65), relata como atuou enquanto mediador durante o ano de 1992 em Boulder, Colorado, num conflito acerca da destinação orçamentária da receita proveniente de um tributo sobre fato de comércio, trazendo notícias de como os grupos sociais organizados podem interferir na formulação de políticas públicas, de modo mais eficaz, na medida em que preconizam uma agenda legitimada pelo interesse público, antes que por vieses corporativos.

Diga-se nessa perspectiva que a mediação pode constituir um extraordinário instrumento de calibração responsável na implementação da agenda da **democracia participativa**, compondo, por exemplo, um quadro de viabilidade para experimentos análogos aos do chamado orçamento

<sup>93</sup> Nota do autor: “À falta de melhor vocábulo, no vernáculo, para traduzir o termo inglês *empowerment*.”

participativo e outros de semelhante inspiração.” (2009, p. 526 – grifos do autor).

É importante registrar que, nos países onde já se utiliza a mediação em questões ambientais (v.g., EUA, Canadá, diversos países da União Européia), debateu-se sobre a adequação deste método surgido e tradicionalmente utilizado na resolução de conflitos envolvendo direitos disponíveis (notadamente conflitos de natureza patrimonial e na área de família) a esta classe de conflitos caracterizada, de uma parte, por uma complexidade muito maior, inclusive do ponto de vista subjetivo (por serem muitos os interessados), e, de outra parte, por versar sobre direitos, por essência, indisponíveis.

O que se percebe é que a proposta de utilização da mediação nesta seara não surgiu tanto devido aos méritos da mediação quanto em razão da percepção generalizada da falência do sistema jurisdicional para dar conta da complexidade dos conflitos desta natureza <sup>94</sup>, seja do ponto de vista técnico-científico, seja do ponto de vista intersubjetivo.

No que concerne à possibilidade de mediação envolvendo direitos indisponíveis, valem aqui as mesmas considerações que já foram feitas na doutrina acerca da celebração de ajustamento de conduta (já que este nada mais é do que modalidade de negociação direta, ou seja, também um meio consensual de solução de conflitos), seja o judicial, seja o extrajudicial: “mesmo se tratando de questão posta em juízo, não há a possibilidade de transigir sobre o objeto do direito, apenas de definir prazos, condições, lugar e forma de cumprimento, ainda que se utilize o termo transação” (RODRIGUES, 2006, p. 236) <sup>95</sup>.

O que essa linha de argumentação leva a concluir é que, existindo já expressa autorização legislativa para a utilização da negociação quanto à forma de cumprimento dos deveres jurídicos correspondentes aos direitos de natureza transindividual, a qual foi

<sup>94</sup> Neste sentido GIRARD, Jennifer. Dispute resolution in environmental conflicts: panacea or placebo? Disponível em: <<http://cfcj-fcjc.org/clearinghouse/drpapers/girard.htm>>. Acesso em 31.3.2008.

Um estudo de Rosemary O’Leary (Environmental management at the millenium: the use of environmental dispute resolution by State governments. **Journal of Public Administration Research and Theory**. Vol. 10. University of Kansas, January 1, 2000, p. 137 e ss.) também demonstra que 47% dos Estados americanos adota programas de resolução de conflitos envolvendo a atuação de um terceiro facilitador, sendo que, dos 53% restantes, um terço tinha a intenção de implementar tais programas no futuro (quando ela fez a pesquisa) e um terço não tinham programas oficiais, mas contavam com entidades não-governamentais fortes e confiáveis que atuavam na resolução consensual de conflitos na área ambiental. A pesquisa também demonstrou que, quanto maior o comprometimento do Estado com a proteção ambiental, maior o grau em que ele também se preocupou em institucionalizar meios de solução consensual de conflitos nesta área.

<sup>95</sup> Em realidade, anota a autora, ao comentar sobre o compromisso de ajuste de conduta celebrado como expressão de um acordo entre o autor do ilícito ambiental e o Poder Público, “o compromisso tem que ser um meio através do qual se possa alcançar, pelo menos, tudo aquilo que seja possível obter em sede de eventual julgamento de procedência em ação judicial relacionada àquela conduta específica.” (2006, p. 176).



formulada e vem de fato funcionando como resposta aos anseios por uma tutela coletiva mais eficaz <sup>96</sup>, evidente que não há que se objetar quanto à possibilidade de resolução destes mesmos conflitos pela via da mediação.

A utilização da mediação nesta seara, aliás, se faz com ganho de qualidade, como observa com propriedade Warat (2001, p. 88):

Em termos de autonomia, cidadania, democracia e direitos humanos, a mediação pode ser vista como a sua melhor forma de realização. As práticas sociais de mediação configuram-se em um instrumento de exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões [...]. Falar de autonomia, de democracia e de cidadania, em um certo sentido, é ocupar-se da capacidade das pessoas para se autodeterminarem em relação e com os outros; autodeterminarem-se na produção da diferença (produção do tempo com o outro).

Em realidade, a mediação revela-se como método ideal para lidar com conflitos complexos e multifacetados, dado seu potencial de lidar com as camadas a eles subjacentes e de trabalhar com múltiplos interesses e necessidades, harmonizando-os e buscando compensações e soluções criativas que maximizem a proteção do conjunto, tanto do ponto de vista objetivo (dos diversos interesses em jogo) quanto sob o prisma subjetivo (dos diferentes sujeitos afetados pelo conflito).

Tal não implica dizer, porém, que a mediação se preste a resolver todo e qualquer tipo de conflito.

Em realidade, nos casos em que há diferenças extremas nas relações de poder entre as partes ou eventualmente um histórico de conflito que inviabilize qualquer diálogo (como se dá na hipótese da prática de crimes graves), costuma-se entender que a mediação não é o caminho mais adequado, dada a impossibilidade real de se trabalhar num contexto de autêntico diálogo, de verdadeira autonomia das partes. É o que ocorre, por exemplo, em hipóteses de grave violência no âmbito doméstico.

---

<sup>96</sup> Geisa Rodrigues, por ocasião da elaboração de sua tese de doutoramento, efetuou ampla pesquisa de campo abrangendo termos de ajustamento de conduta celebrados pelo Ministério Público Federal de setembro de 1992 a julho de 1998 e concluiu: “O exame dos dados colhidos na pesquisa nos permite concluir que a utilização do instituto do termo de ajustamento de conduta pode efetivamente contribuir para ampliar o acesso à justiça de toda a sociedade. O ajustamento de conduta é uma solução alternativa de conflito eficaz e compatível com os desafios apresentados pela satisfação dos direitos transindividuais.” (2006, p. 294-5). Mais adiante, afirma ela: “Nos compromissos estudados, não vislumbramos a ocorrência de transação indevida.” (p. 295).

#### 4.1.5 Critérios para construção do acordo na mediação: a diferenciação entre direitos disponíveis e direitos indisponíveis

É importante salientar que, na mediação, em que a solução do conflito é construída pelas partes, estas não estão de forma alguma limitadas aos critérios legais para resolvê-lo, mas outros parâmetros relevantes para as partes em conflito podem e devem ser incluídos no desenho do acordo por elas construído.

Não é possível, porém, ignorar o papel dos parâmetros legais na construção do acordo, em primeiro lugar para verificar se os direitos envolvidos são ou não disponíveis, a fim de se entender os limites jurídicos de um possível acordo.

Feito esse enquadramento, quando se tratar de caso de direitos disponíveis, os critérios jurídicos podem ou não ser tomados em consideração na construção do acordo, total ou parcialmente, isoladamente ou em conjunto com outros critérios que as partes repute relevantes. É bom lembrar que, normalmente, as partes querem (e é inteligente que assim o façam) comparar o teor de um possível acordo que elas estão construindo com o provável teor de uma eventual decisão judicial a respeito do mesmo conflito (a qual levaria em conta unicamente os critérios legais), assim como ponderar os custos e a duração da alternativa representada pelo processo judicial. Dentro desse quadro é que elas buscarão construir uma solução que lhes pareça mais adequada do que aquela que decorreria de um julgamento.

No que concerne aos conflitos que envolvem direitos indisponíveis, a situação é um pouco diversa. Enquanto, com relação aos direitos disponíveis, a liberdade das partes para levar em conta os critérios legais é absoluta (é perfeitamente possível, por exemplo, que a parte credora de uma indenização por danos materiais, a ela renuncie parcialmente ou por inteiro, levando em conta outros parâmetros que são por ela considerados relevantes, que não os parâmetros legais), quando se trata de direitos indisponíveis, os parâmetros legais necessariamente devem ser levados em conta na construção do acordo.

Não é absolutamente o caso, porém, de se pensar que pouca liberdade resta às partes no que diz respeito aos direitos indisponíveis, pois: a) o ordenamento jurídico, de ordinário, não esgota as diferentes possibilidades de garantia ou exercício do direito, de modo que as partes podem negociar a **forma** mais conveniente de cumprir os ditames legais; b) o ordenamento pode ser (e frequentemente é) omissivo em relação a **outros parâmetros**

relevantes para as partes em conflito, os quais podem e devem ser incluídos no acordo, não para substituir, mas para complementar os parâmetros já fornecidos pelo legislador. Em suma, a ordem jurídica traz o “esqueleto” do acordo, mas às partes cabe colocar os “tecidos, fluidos”, etc, dando ao “corpo” do acordo a aparência e funcionalidade que melhor atenda a seus legítimos interesses.

A visão que propomos vai de encontro a uma opinião que é comum no Brasil, onde a prática da mediação ainda ensaia seus primeiros passos e sequer temos legislação a respeito, de que não é possível a mediação de conflitos que envolvem direitos indisponíveis – e que é contrariada pela própria prática brasileira e também por toda a doutrina construída no âmbito da mediação de conflitos na área de família. Os direitos de exercício afetivo da filiação, da maternidade e da paternidade envolvidos nos conflitos relativos à guarda de filhos menores, por exemplo, são claramente indisponíveis e a mediação vem sendo amplamente utilizada, notadamente em programas de mediação dentro do próprio Judiciário.

Esta discussão há muito se encontra superada nos países onde a mediação de conflitos vem sendo utilizada há mais tempo e em diversas outras áreas de conflito que envolvem direitos indisponíveis, como saúde, educação e meio ambiente – temas que serão tratados mais adiante. A mediação de conflitos ambientais, por exemplo, é comum tanto nos EUA quanto no Canadá e em vários países da União Europeia.

## 4.2 Conciliação

Quando se utiliza o termo “conciliação” de conflitos, em geral, a doutrina e operadores do Direito estão se referindo a métodos que buscam simplesmente alcançar um acordo entre as partes com relação ao objeto do conflito <sup>97</sup>. Salientam-se como diferenças principais entre mediação e conciliação: a) o fato de que os critérios discutidos entre o conciliador e as partes para obtenção do acordo, normalmente, se resumem aos parâmetros legais, e não se costuma investigar as causas e interesses subjacentes ao conflito, como ocorre na mediação; b) o fato de que se espera do conciliador uma postura mais ativa na condução das partes a um acordo

---

<sup>97</sup> Exemplo de definição de conciliação que se pode tomar como referência é o fornecido por Petrônio Calmon: “Conciliação é, pois, um mecanismo de obtenção da autocomposição que, em geral, é desenvolvido pelo próprio juiz ou por pessoa que faz parte ou é fiscalizado pela estrutura judicial, e que tem como método a participação mais efetiva desse terceiro na proposta de solução, tendo por escopo a só solução do conflito que lhe é concretamente apresentado nas petições das partes.” (2007, p. 144).

(ao passo que o mediador deve ser mero facilitador do diálogo) <sup>98</sup>. Neste sentido o ensinamento de Lília Maia de Moraes Salles:

Na conciliação resolve-se o conflito que se expõe, não cabendo ao conciliador apreciá-lo com profundidade, verificando o que há além dele. E ainda o conciliador intervém muitas vezes no sentido de forçar um acordo. Na mediação é preocupação primeira do mediador verificar todo o contexto do conflito, tratando-o, analisando os fatos e transformando o real conflito, não podendo o mediador forçar qualquer acordo. O acordo deve nascer porque as partes decidiram assim e não por intervenção de terceiro. (2004, p. 38).

Muito embora a utilização da conciliação seja mais comum no âmbito dos programas desenvolvidos pelo Poder Judiciário e os programas extrajudiciais, via de regra, preferiram utilizar a metodologia da mediação, como salienta Petrônio Calmon,

a principal distinção entre os dois mecanismos não reside em seus dirigentes, mas sim no método adotado: enquanto o conciliador manifesta sua opinião sobre a solução justa para o conflito e propõe os termos do acordo, o mediador atua com um método estruturado em etapas sequenciais, conduzindo a negociação entre as partes, dirigindo o “procedimento”, mas abstendo-se de assessorar, aconselhar, emitir opinião e de propor fórmulas de acordo. (2007, p. 144).

A concepção mais estreita de mediação, ou mediação avaliadora, se aproxima bastante da conciliação, o que, naturalmente, contribui de forma decisiva para a confusão que, de ordinário, se verifica entre os dois métodos. Como se pôde apurar na pesquisa empírica constante do apêndice, realizada tanto no Brasil como nos EUA, muitos programas que se intitulam de mediação praticam algo que se assemelha muito mais à conciliação, sendo também possível encontrar programas de conciliação em que, eventualmente, alguns conciliadores buscam trabalhar questões subjacentes ao conflito para chegar a um acordo, como se dá na mediação.

Vale registrar que, apesar da interpenetração na prática entre os dois métodos, a distinção entre eles foi acolhida pelo projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro (PLS 166/2010), que dispõe, em seu artigo 135:

§ 1º. O conciliador poderá sugerir soluções para o litígio.

§ 2º. O mediador auxiliará as pessoas em conflito a identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício comum.

<sup>98</sup> Para saber mais sobre a distinção, ver: ALMEIDA, Tania. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. *In*: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). **Mediação de conflitos**: novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 93-117.

### 4.3 A importância da distinção e a situação dos conflitos que envolvem o Poder Público

A distinção entre mediação transformativa e a mediação voltada para a realização de acordos ou a simples conciliação tem utilidade, basicamente, para se definir qual o instrumento mais adequado para cada tipo de conflito.

Assim, parece evidente que não faz sentido pensar em mera conciliação, por exemplo, no contexto de um conflito entre pais no que diz respeito à forma de exercício da guarda compartilhada de seus filhos menores, ou no contexto de uma sociedade empresarial cujos sócios controladores não conseguem chegar a um acordo sobre a destinação de seus lucros ou sobre a definição de prioridades de atuação da empresa. Em ambos os casos, existe um relacionamento que se pretende preservar e a mediação permitirá às partes não apenas construir a solução para o problema imediato, mas, a partir do trabalho com os padrões de comportamento que deram origem ao conflito, aprender com o processo, de maneira a administrar por si mesmas situações semelhantes que venham a surgir no futuro. Trata-se da solução mais eficiente a longo prazo, pois a simples conciliação poderia, sim, encontrar uma solução para o problema imediato, mas, sem a cura da dinâmica do relacionamento, outros problemas similares provavelmente viriam à tona no futuro e as partes novamente precisariam recorrer a um terceiro para encontrar uma solução.

Raymond Whiting, Doutor pela Universidade de Syracuse, analisou precisamente esse tema em sua tese de Doutorado e assim concluiu:

Essa pesquisa demonstrou que diferenças no grau de relacionamento das partes em conflito podem ter um efeito significativo sobre a efetividade da mediação como técnica de resolução de conflitos. Demonstrou-se que a existência de um relacionamento contínuo entre as partes pode ter um importante efeito positivo sobre o índice de sucesso das mediações, e que fatores como esse não podem ser ignorados quando se trata de determinar se um caso é apropriado para a mediação.

[...]

Este estudo sugere que, quando a mediação é utilizado para resolver disputas que envolvem questões múltiplas e relacionamentos contínuos, podemos esperar que ela será altamente bem-sucedida. Todavia, quando, ao contrário, nos depararmos com a necessidade de resolver disputas que se limitam a uma única questão e não envolvem

um relacionamento contínuo entre as partes, a mediação pode ser um instrumento bastante precário (1988)<sup>99</sup>.

No âmbito dos conflitos que envolvem o Poder Público, dentro de uma perspectiva que encare a relação entre Estado e sociedade de uma forma dinâmica e democrática, em que cidadãos podem e devem definir o formato e missões de seu Estado e este existe e se legitima na medida em que serve a seus cidadãos, não me parece possível desconsiderar que cada cidadão e cada ente privado (empresarial ou sem fins lucrativos) tem um relacionamento constante com o Estado, desde o seu nascimento até a sua morte.

Note-se, ainda, que, tal como o relacionamento consanguíneo, este relacionamento somente se extingue em situações absolutamente excepcionais (tal como sucede na naturalização como nacional de outro país simultaneamente com a mudança de domicílio para outro país), de modo que é interesse de ambos os lados (o Estado depende do pagamento de tributos e cumprimento de outras obrigações pelos particulares para que ele próprio possa desempenhar suas obrigações, ao passo que o particular depende do Estado para o desempenho de funções que ele não tem condições de exercer de forma individual) manter este relacionamento saudável e produtivo. O mesmo se dá nos conflitos que envolvem diferentes entes públicos, cujas competências são complementares, devendo ser desempenhadas no interesse geral.

Assim sendo, pode-se concluir que a mediação é o método de solução de conflitos mais adequado para as disputas que envolvem o Poder Público, em todas as suas manifestações, sendo preferível a abordagem ampla e uma prática que seja, sempre que possível, pedagógica e transformativa, possibilitando às pessoas e organizações envolvidas aprender com cada conflito, a fim de administrarem de forma produtiva os novos problemas que inevitavelmente surgirão em seu relacionamento no futuro.

#### **4.4 Mediação de conflitos em que há desigualdade de poder entre as partes**

Em situações de conflito, é muito comum que exista uma condição de desigualdade de poder entre os envolvidos. Sendo a solução construída pelas partes, parece evidente que

---

<sup>99</sup> Tradução desta autora. Em sentido similar, defendendo o uso da “mediação avaliativa” (que em muito se assemelha à conciliação), em detrimento da “mediação transformativa”, quando as partes não possuem um relacionamento que irá ter continuidade após o processo, GEWURZ, Ilan G. (Re)designing mediation to address the nuances of power imbalance. **Conflict resolution quarterly**. Vol. 19, no. 2, Winter 2001, p. 135-162.

eventual desequilíbrio neste aspecto não pode ser ignorado, a pretexto de neutralidade do mediador, devendo haver, pelo contrário, uma abordagem apropriada a cada tipo de conflito. Ou seja, a forma de atuação do mediador deve buscar contrabalançar este desequilíbrio, já que ele pode afetar a capacidade de participação da parte com menor poder na consttuição da solução consensual.

Ilan Gewurz aborda as diferentes formas em que pode haver desequilíbrio no poder entre as partes:

I – Dinâmica de poder específica ao conflito em questão:

A. Poder procedimental:

1. Informações e expertise no assunto
2. Compromisso (foco no assunto)
3. Poder pessoal:
  - a. boa aparência e amabilidade
  - b. integridade
  - c. paciência
  - d. eloquência
  - e. educação
  - f. ocupação profissional
4. Expectativas de aprovação da parte contrária
5. Habilidades de negociação e estilo

B. Poder substancial:

1. Poder coercitivo e retributivo
2. Controle dos recursos (poder econômico)
3. Alternativa a uma solução negociada

II – Contexto do relacionamento:

A. Precedentes

B. Poder psicológico:

1. Auto-estima
2. Estabilidade emocional
3. Dinâmica de gênero

C. Legitimidade:

1. Autoridade
2. Reputação
3. Status social. (2001, p. 147-148).

Para o autor em questão,

Afirmar em termos gerais que mediação é ou não um método efetivo de lidar com desequilíbrio de poder entre os envolvidos em um conflito é ignorar a complexidade e a nuance tanto do conceito de poder quanto dos processos de mediação. [...] desequilíbrio de poder é fluido e dinâmico e varia de acordo com o tipo de relacionamento, assim como dentro de cada relacionamento – ao longo do tempo e em diferentes contextos sociais (2001, p. 151).

Parece adequada a abordagem do autor, já que o processo de mediação pode e deve ser delineado de forma a garantir que o nível de informações e sua respectiva compreensão seja equalizado, que a oportunidade de expressar os interesses de cada uma das partes seja

efetivamente garantida, e que o diálogo seja conduzido de forma a assegurar que todas as partes envolvidas tenham consciência dos interesses em jogo e de suas alternativas à solução consensual.

#### 4.5 Os riscos envolvidos no processo de mediação

Apesar de ser um método que experimentou alto grau de utilização prática e que, como princípio, encontra larga aceitação doutrinária, além de ter ensejado a realização de inúmeras pesquisas nos EUA, não posso deixar de enfrentar os argumentos contrários à realização de acordos em processos judiciais, sustentados de forma incisiva por Owen Fiss, em um texto de grande impacto, produzido em 1984: “Against settlement”<sup>100</sup>.

O autor é um publicista com formação marcada pela afirmação judicial de direitos decorrentes da proteção constitucional da igualdade, conforme ele mesmo narra em um outro artigo produzido 25 anos depois, onde ele de certa forma descreve as bases de sua trajetória intelectual e profissional<sup>101</sup>.

Ele liga o modelo que propôs a utilização dos Meios Alternativos de Solução de Controvérsias à “ideologia de mercado” em ascensão nos anos 80 e afirma que as premissas subjacentes ao movimento seriam uma sociologia individualista, a privatização de fins, a suposição de uma harmonia natural e a recusa a reconhecer o Poder Judiciário como um ramo coordenado do governo.

Não é muito difícil perceber, numa primeira análise, que ele ignora, dentre as causas do surgimento do movimento pela utilização dos meios alternativos, a reação ao formalismo, lentidão e custo excessivo do processo judicial – situação idêntica, aliás, à que fez o movimento aflorar no Brasil, propondo uma justiça mais rápida, mais barata e de melhor qualidade.

Sobre as premissas que ele aponta para o movimento, elas podem ser analisadas quando ele aponta claramente quais os problemas que ele vislumbra no modelo de busca por soluções consensuais de controvérsias: a) a frequente situação de desigualdade de poder entre as partes, notadamente de poder econômico, que torna mais difícil o acesso às informações

---

<sup>100</sup> **Yale Law Review**. Vol. 93, n. 1073.

<sup>101</sup> Symposium “Against settlement: twenty-five years later.” The history of an idea. **Fordham Law Review**. Vol 78, n. 1273, dezembro 2009.



necessárias para se firmar um acordo esclarecido, bem como torna maior a pressão pelo acordo em uma situação de dificuldade para fazer face aos custos do processo; b) a dificuldade de se identificar a pessoa responsável por firmar o acordo dentro de grandes empresas ou entes governamentais; c) a dificuldade de execução do acordo, que pode ser visto como não tendo o mesmo valor jurídico pelos membros do Poder Judiciário.

Quanto ao primeiro argumento, consistente com a crítica à sociologia individualista e à suposição de harmonia natural, é fato que a desigualdade de poder entre as partes é um fator relevante a ser considerado – como também é fato que ela afeta em grande medida os resultados dos processos judiciais. Sustenta Fiss, porém, que, no processo judicial, pelo fato de a decisão final estar aos cuidados de um juiz, as limitações de poder que atinjam uma das partes são minimizadas, ao passo que na mediação, cada uma delas é que deverá decidir vincular-se ou não a um acordo por si mesma – numa visão que, além de ser acentuadamente paternalista, ignora o papel do mediador de apontar para as partes quando é o caso de elas buscarem uma avaliação especializada de terceiro, bem como de assegurar que todas tenham seus interesses devidamente considerados no acordo, ajudando-as a identificá-los (numa dimensão, aliás, que não se resume à jurídica), a expressá-los e a vê-los atendidos no acordo que venha a ser formulado. Aliás, o próprio Fiss reconhece que “terceiros podem dar uma importante contribuição ao processo de negociação, não apenas para facilitar o acordo, mas para aumentar as chances de que o acordo alcançado seja mais justo do que seria sem a sua intervenção.” (2009, p. 5) <sup>102</sup>.

Quanto ao segundo problema, a mesma dificuldade pode ser encontrada na fase de execução judicial. A diferença relevante, contudo, é que, ao assegurar-se o envolvimento no processo de mediação de todos os responsáveis pelo cumprimento de eventual acordo ao final obtido, a possibilidade de cumprimento deste acordo (e desnecessidade de futura execução) passa a ser bem maior do que no caso de uma decisão judicial.

Por fim, quanto à eventual resistência do Judiciário à execução de acordos firmados em processos de mediação, esta, a par de altamente improvável nos procedimentos de mediação gestados do próprio Judiciário, é uma questão a ser decidida pelo legislador, a cujos comandos no Estado Democrático de Direito tão prezado por Fiss quanto pela maioria dos defensores da mediação, o Judiciário não tem outra escolha que não atender.

---

<sup>102</sup> Tradução desta autora.

Resta, ainda, porém analisar o derradeiro argumento de Fiss que, no texto escrito em 2009, ele acaba por considerar o mais importante de todos: para ele, o propósito dos julgamentos não é a resolução de um conflito, não é produzir paz, mas sim justiça – e esta justiça decorre das garantias do devido processo legal, da instrução probatória adequada e tudo o mais delas decorrente.

Para ele, mesmo a necessidade de homologação judicial de alguns acordos (como os celebrados em ações coletivas) não é suficiente para garantir que justiça seja feita. Ora, um dos critérios para a homologação de tais acordos não pode justamente ser a verificação de se as partes tiveram oportunidades iguais de articular seus interesses, apresentar suas provas, esclarecer adequadamente os fatos controvertidos (quando isso for imprescindível)? Para garantir que tais legítimas preocupações quanto à justiça do processo sejam enfrentadas, é preciso, apenas, a meu ver, enfrentar o “dogma da confidencialidade” na mediação, que é o único empecilho para essa verificação – e que deve, como exporemos mais adiante, cair por terra quando se tratar de direitos indisponíveis <sup>103</sup>.

#### **4.6 Facilitação de processos decisórios participativos**

Outra atividade muito assemelhada à mediação de conflitos e na qual, efetivamente, ao menos nos EUA, são utilizados profissionais que atuaram ou ainda atuam como mediadores, é a facilitação de processos decisórios participativos ou de colaboração pública no âmbito do Poder Executivo ou Legislativo.

Estes processos podem ser utilizados seja quando estão envolvidos apenas entes públicos que pretendem atuar de forma colaborativa, seja quando estão sendo realizadas audiências públicas ou quando está sendo buscada pelo Poder Público uma solução negociada com todos os interessados no que diz respeito à elaboração de regulamentos administrativos, ao planejamento de uma área de atuação ou licenciamento de um empreendimento.

Outra possibilidade de utilização destes processos é, ainda, a facilitação de diálogos entre grandes empresas e as comunidades onde suas unidades estão instaladas, a fim de

---

<sup>103</sup> Talvez o mesmo deva ocorrer, ainda que de forma limitada, em situações de acentuada desigualdade entre as partes.

delinear condições que melhor atendam a todos os interesses envolvidos, sejam econômicos, sociais ou ambientais.

#### **4.7 Outros meios “alternativos” de solução de controvérsias**

Nos EUA, país onde mais se desenvolveu a utilização de meios “alternativos” de resolução de controvérsias (ao menos no mundo ocidental contemporâneo), muito embora a mediação seja o caminho que goza de maior popularidade (ainda que muitas vezes se trate, na verdade, de simples conciliação), algumas outras alternativas se oferecem às partes envolvidas em conflitos, em especial no âmbito do Judiciário, sendo estas as mais comuns:

- a) “joint fact-finding” – trata-se de um mecanismo, que também pode ser utilizado durante o processo de mediação (na mediação “pura”, tradicionalmente as partes abrem mão da instrução probatória e negociam com base apenas nos elementos já disponíveis), pelo qual as partes escolhem um ou mais especialistas para apurarem fatos e ou emitirem opiniões técnicas sobre dados relevantes para o deslinde da controvérsia;
- b) “early neutral evaluation” – por este mecanismo, as partes pedem a um terceiro especialista na matéria que emita uma opinião sobre o possível desfecho do conflito caso venha a ser decidido pelo juízo competente; não existe interação entre as partes e o terceiro, que simplesmente recebe a documentação do caso;
- c) “settlement conferences” – neste caso, tem-se um terceiro que atua como conciliador, buscando a realização de um acordo entre as partes e fornecendo a estas sua avaliação sobre um possível julgamento do caso; este terceiro deve ser um profissional da área jurídica com experiência na área, sendo que, muitas vezes, são utilizados juízes, tanto na esfera do processo administrativo quanto judicial, porém nunca o juiz encarregado do julgamento do caso, para que este não seja afetado pelo comportamento das partes durante a conciliação;
- d) arbitragem – no Brasil, conforme a Lei 9.307, de 1996, o julgamento do caso por um terceiro escolhido pelas partes sempre é possível nos conflitos envolvendo direitos disponíveis, sendo que tal possibilidade existe inclusive em alguns conflitos

envolvendo entes públicos <sup>104</sup>, sendo que a decisão arbitral é irrecorrível ao Poder Judiciário (muito embora possa caber recurso a uma outra instância arbitral, a depender do que foi convencionado entre as partes) e independe de homologação judicial.

#### 4.8 Os mediadores

Esclarecido o conceito, campo de abrangência e aplicabilidade e diferentes linhas de mediação, cabe agora desvelar as diretrizes éticas que devem conduzir a atuação dos profissionais encarregados de atividades de mediação, bem assim as diversas discussões e experiências existentes no que tange às condições exigidas para o exercício de tais atividades, seja no que se refere à qualificação, seja no que concerne ao credenciamento destes profissionais ou à supervisão de sua atuação.

Antes, porém, cabe mencionar a distinção que Jean-François Six elabora entre “mediadores institucionais”, normalmente integrantes dos quadros de órgãos públicos, e “mediadores cidadãos”, normalmente voluntários que atuam em programas de mediação comunitária.

Segundo Six, os mediadores institucionais são “essencialmente, especialistas formados para atender a um problema específico, bem definido, pelo qual vão responder.” (2001, p. 33). Para este autor, o “aumento dos conhecimentos necessários à decisão e uma grande virtuosidade para se encontrar no emaranhado da lei os tornaram pouco a pouco imprescindíveis” (2001, p. 33). Todavia, o “perigo da burocratização da mediação institucional existe.” (2001, p. 30).

Já os mediadores cidadãos “fazem então apelo aos recursos próprios das pessoas que os procuram. Apóiam-se sobre o que essas pessoas dispõem e que não se atrevem a utilizar: seus próprios recursos” (2001, p. 34). E prossegue: “o mediador cidadão é aquele a quem se procura porque se sabe – ou se pressente – que tem um dom, o de suscitar ligações, reconciliar as pessoas, de trazer uma pequena luz a um momento opaco.” (2001, p. 35).

---

<sup>104</sup> A Lei 8.987, de 1995, veio a prever a possibilidade de utilização da arbitragem para solução de controvérsias em contratos de concessão de serviços públicos, conforme dispõe o novo artigo introduzido pela Lei 11.196, de 2005:

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Um outro ponto relevante na distinção da metodologia adotada por cada um dos dois perfis, que, para Six, podem perfeitamente coexistir, diz respeito ao ritmo dos trabalhos:

O mediador institucional é apressado, pelo organismo que o colocou no lugar, para encontrar resultados, para chegar a soluções o mais rapidamente possível; ele deve apresentar rendimento, o que é compreensível. O mediador cidadão deve tomar tempo, afastar o simplismo, os atalhos, a precipitação, deve guardar o senso da duração e do recuo, da paciência e da distância. (2001, p. 35).

Não obstante as diferenças na metodologia ou nos enfoques, creio ser possível identificar pontos comuns entre todos aqueles que desempenham funções de mediação, a começar pelas diretrizes éticas de conduta, sobre as quais passo a discorrer no próximo item.

#### **4.8.1 Diretrizes éticas**

Muito embora esta tese não seja, nem pretenda ser, uma “teoria geral da mediação”, parece fundamental esclarecer quais são as diretrizes do comportamento dos mediadores que se costuma apontar como essenciais à condução dos trabalhos, bem como explorar as nuances que deverão diferenciar a atuação do mediador em conflitos que envolvem o Poder Público daquela que se dá em conflitos particulares, notadamente os que envolvem apenas direitos disponíveis. O rol de deveres do mediador que se apontará a seguir se pautará, assim, pela necessidade de melhor explicitar a atuação do mediador, tanto em geral quanto nos conflitos em que se vê envolvido o Poder Público.

Apesar de pairar grande controvérsia, como abordarei mais adiante, sobre se essa atividade constitui ou não uma profissão, não existe dúvida no fato de que ela envolve responsabilidades tanto do ponto de vista positivo, isto é, deveres de fazer algo durante o processo, quanto do ponto de vista negativo, ou seja, deveres de não adotar determinadas condutas. Em simpósio realizado em 1995 nos EUA com o propósito específico de discutir os padrões de conduta de mediadores e outros profissionais na resolução de conflitos, uma das falas de abertura já salientou: “há um crescente consenso de que os métodos alternativos de resolução de controvérsias suscitam questões de conduta profissional distintas, que não têm como ser totalmente abarcadas pelos códigos de outras profissões.” (FEERICK *et alii* 1995, p. 1).

Tânia Lobo Muniz, ao tratar da utilidade e importância dos Códigos de Ética na atuação de mediadores, resumiu bem a finalidade destes preceitos de comportamento:

O objetivo destes parâmetros é proteger a sociedade do mau profissional e das más instituições - proteger-nos de nós mesmos -, assegurando assim uma melhor utilização do instituto e garantindo os interesses das pessoas que dele se socorrerem, como também daqueles que atuarão como intervenientes no processo. (2009, p. 107).

É importante registrar, contudo, a advertência da mesma autora, para que não haja excessos na regulação da prática:

O equilíbrio é necessário para que não se constanja a flexibilidade e os movimentos do mediador para realizar seu trabalho de facilitador da negociação, pois os padrões não implicam no engessamento da mediação, o que a descaracterizaria, mas no estabelecimento de normas básicas que possibilitem aos órgãos de mediação, públicos ou privados, institucionais ou cidadãos, desenvolverem seus procedimentos sem se desviar da essência do mecanismo. (2009, p. 107).

Como lembra Craig McEwen (2005), o estabelecimento de diretrizes éticas de conduta é apenas o ponto inicial de partida: “Sua utilidade vem dos problemas que eles colocam e dos intercâmbios que eles estimulam entre mediadores no que diz respeito aos problemas que se apresentam na prática.” É indispensável que a criação de tais códigos, contudo, seja acompanhada de “discussões *on line*, bem como debates presenciais entre mediadores em nível local, regional e nacional”<sup>105</sup> que suplementem a criação das regras. Além disso, lembra ele, “Códigos de conduta ou rol de melhores práticas mais particularizados que captem os desafios de campos diversos devem servir como complementos essenciais de códigos genéricos”. Este é, sem dúvida, o caso da mediação de conflitos que envolvem o Poder Público, a qual, sem dúvida, envolve particularidades que não estão presentes em todos os tipos de mediação.

#### **4.8.1.1 Imparcialidade**

O primeiro dever elencado nos Códigos de Ética de Mediadores costuma ser a imparcialidade. Nos EUA, às vezes é também chamado de neutralidade e, por vezes, uma de suas facetas é elencada como um dever autônomo, qual seja, o dever de evitar conflitos de

---

<sup>105</sup> Tradução desta autora.

interesse <sup>106</sup>. Trata-se de um debate que conhecemos muito bem no Brasil, no campo da Filosofia do Direito, onde o pensamento crítico já deixou claro, há muito tempo, que a neutralidade, além de impossível, implicaria a simples manutenção do *status quo*. No campo da mediação, como visto, um dos objetivos, segundo parte considerável da doutrina, é transformar o padrão destrutivo de relacionamento entre as partes, muitas vezes marcado por considerável desequilíbrio de poder, substituindo-o por um novo padrão, caracterizado por autêntico equilíbrio, justamente para fazer com que as partes aprendam a gerenciar seus conflitos de forma natural e construtiva.

Essa postura, que vê na mediação esse caráter pedagógico e transformativo, somente se coaduna com um dever de imparcialidade que se desdobra no dever, do qual trataremos mais adiante, de buscar um maior equilíbrio de poder entre as partes, quando a assimetria é muito significativa.

Segundo Suzanne McCorkle,

Muito embora os autores que escrevem sobre mediação diferenciem entre neutralidade (não tomar partido nem ter preconceito em relação a nenhuma das partes) e imparcialidade (não ter nenhum interesse no desfecho do processo), a maioria dos Códigos usam os termos de forma intercambiável. (2005, p. 171).

O dever de imparcialidade, em realidade, traz consigo uma série de dilemas, que são bem resumidos em cinco perguntas colocadas por McCorkle (2005, p. 166):

[...] num sentido filosófico global, é de fato possível que um mediador, que tem sua própria experiência de vida e conhecimentos, seja neutro com relação ao mérito do conflito e à personalidade ou estilo das partes?

Segundo, [...] técnicas como busca de equilíbrio de poder entre as partes ou o auxílio a elas em sessões privadas implicam alguma espécie de parcialidade com relação a um dos lados ou com relação a um determinado desfecho? [...]

Terceiro, modelos de mediação que permitem ao mediador sugerir propostas de solução do problema conflitam com o papel puramente facilitador do mediador?

---

<sup>106</sup> É interessante observar que aquilo que costumamos chamar no Brasil de neutralidade corresponde ao que, nos EUA, se entende por imparcialidade – e vice-versa. Vejamos o que diz Carole Silver ao definir imparcialidade: “Impartiality also can be defined as equal treatment; one who is impartial treats both parties the same, regardless of whether their circumstances indicate that equivalent results would be produced only by different or unequal treatment.” (1996) A mesma autora cita a definição que Leda M. Cooks e Claudia L. Hale dão a neutralidade: “neutrality involves the idea of fairness; where differences in power or sophistication of the parties result in one party needing the mediator’s participation in order to equalize the two sides, neutrality is obtained by such mediation participation.” Para Silver, “Impartiality may appear compromised in achieving neutrality.”

Quarto, são éticos os modelos que mantêm a neutralidade e a recusa a interferir, mesmo que as partes estejam tomando uma decisão de baixa qualidade para ambas? [...]

Quinto, os Códigos permitem alguma flexibilidade?

O Código de Mediadores do Estado de Illinois, por exemplo, aponta McCorkle, dispõe que, “caso as partes cheguem a um acordo que o mediador entende ser inerentemente injusto, ele deve indicar sua não concordância com o desfecho por escrito” (2005, p. 171).

Voltando, porém, aos pontos sobre os quais não paira grande controvérsia, no que tange à imparcialidade, esta envolve a proibição de que o mediador atue de forma tendenciosa ou preconceituosa. Segundo a mais recente versão do Código de Ética para Mediadores elaborado pela Ordem dos Advogados americana (em nível federal), pela Associação Americana de Arbitragem e pela Association for Conflict Resolution, principal entidade profissional de mediadores de âmbito federal naquele país, “o mediador deverá conduzir a mediação de forma imparcial e evitar conduta que dê a aparência de parcialidade”<sup>107</sup>. Trata-se da velha máxima de que “à mulher de César não basta ser correta, há também que parecer correta”, de maneira que “um mediador não deverá jamais dar ou aceitar um presente, favor, empréstimo ou outro item de valor que possa levantar suspeita sobre a imparcialidade real ou percebida do mediador.”<sup>108</sup>. A única exceção admitida a esta proibição diz respeito à situação em que práticas culturais permitam aceitar presentes de pequeno valor econômico.

Decorrência direta do dever de imparcialidade, que prefiro entender como dela fazendo parte, é o dever de o mediador recusar a função quando presentes conflitos de interesse entre ele e ao menos uma das partes (*standard* III, E, do mencionado Código-modelo) e, em caso de dúvida, deixar às partes a decisão sobre sua atuação no caso, após revelado o potencial conflito.

A par de todas as regras definindo situações que ameaçam a imparcialidade, não posso deixar de realçar o ponto levantado por Carole Silver (2005): “é virtualmente impossível eliminar todas as conexões entre as partes e o terceiro. As partes, em geral, escolhem um terceiro para cada conflito, e esta seleção, frequentemente, é baseada em relações prévias entre uma ou ambas as partes, ou seus advogados, e o terceiro.” Deste modo, como resume ela, “as restrições somente se aplicam em circunstâncias em que o relacionamento entre o terceiro e uma das partes (ou seu advogado) é tão próximo que provoca em qualquer pessoa

<sup>107</sup> Standard II, B, *caput*, do referido Código-modelo de 2005. Tradução desta autora.

<sup>108</sup> Standard II, B, 2, do mesmo Código. Tradução desta autora.



razoável a crença de que ele terá um impacto na conduta do terceiro” <sup>109</sup>. Daí a importância de revelar estas conexões a todas as partes logo no início do procedimento.

O *standard* III, A, do principal Código de Ética dos EUA assim dispõe a respeito: “Um conflito de interesse pode surgir a partir de um envolvimento do mediador com a matéria objeto do conflito ou de qualquer relacionamento, passado ou presente, pessoal ou profissional, que suscite dúvida razoável sobre a imparcialidade do mediador.” <sup>110</sup>. Para evitar os problemas daí decorrentes, segundo o mesmo *standard* III, C, “o mediador deverá revelar, tanto quanto praticável, todos os reais e potenciais conflitos de interesse que sejam razoavelmente conhecidos do mediador e possam ser vistos como suscetíveis de causar dúvida sobre a sua imparcialidade. Após a revelação, se todas as partes concordarem, o mediador poderá prosseguir com a mediação.” <sup>111</sup>. O mesmo vale, segundo o item D deste *standard* III, para fatos ocorridos ou conhecidos do mediador apenas após o início do processo de mediação. Já outros Códigos, como os dos Estados de Massachussets, Illinois e o do California Judicial Council, conforme relata McCorkle, estipulam que, quando houver potencial conflito de interesses, o mediador deve deixar de atuar, ainda que as partes consintam em que ele continue (2005, p. 175). Muitos dos Códigos estaduais, segundo a mesma autora, elencam claramente quais são os tipos de relacionamento que devem ser revelados pelo mediador às partes, sendo eles:

[...] relações financeiras ou associações; relações familiares ou sociais; relações sociais ou de negócios com membros da família do mediador ou das partes; relações pessoais, financeiras ou de negócios com o advogado de alguma das partes; ter atuado como advogado ou representante de alguma das partes; interesses pecuniários; fazer parte da mesma Diretoria de algum órgão que alguma das partes; fazer parte do mesmo quadro de acionistas que alguma das partes; estar envolvido no conflito interesse do escritório do qual o mediador que é advogado faz parte; estar envolvido no conflito interesse do empregador do mediador; relações íntimas entre mediador e alguma das partes; visões fortes com relação a alguma das questões envolvidas no conflito; relações sexuais com alguma das partes. (2005, p. 177).

Quanto aos conflitos de interesse que podem decorrer de situações posteriores ao desfecho, dispõe o item F do *standard* III do Código-modelo americano que: “após a mediação, o mediador não deverá estabelecer outro relacionamento com nenhum dos participantes em qualquer matéria que possa levantar dúvidas sobre a integridade do processo

---

<sup>109</sup> Tradução desta autora.

<sup>110</sup> Tradução desta autora.

<sup>111</sup> Tradução desta autora.

de mediação” (tradução da autora). A regra é, porém, flexível, não estabelecendo prazo certo nem que tipo de relacionamento estaria proibido, deixando a critério do mediador julgar se o relacionamento poderia gerar a **percepção** de ter havido um conflito de interesses. No caso dos Códigos estaduais americanos, segundo McCorkle (2005, p. 178), alguns deles permitem a atuação profissional do mediador para alguma das partes, caso as demais assim consintam (caso do Alabama).

No Brasil, o Código de Ética para Mediadores do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA), em seu subitem III, 2, dispõe que o mediador “revelará, antes de aceitar a indicação, interesse ou relacionamento que possa afetar a imparcialidade, suscitar aparência de parcialidade ou quebra de independência, para que as partes tenham elementos de avaliação e decisão sobre a sua continuidade.”

Neste compasso, estabelece o mesmo Código, no subitem IV (Do mediador frente às partes), 5, que cabe ao mediador “dialogar separadamente com uma parte somente quando for dado o conhecimento e igual oportunidade à outra.”

Já no subitem IV, 10, estabelece caber ao mediador “observar a restrição de não atuar como profissional contratado por qualquer uma das partes para tratar de questão que tenha correlação com a matéria mediada.”

Esta proibição, que, no caso do Código do CONIMA, é limitada sob o ponto de vista material (só vale para matéria correlata com a mediação), mas ilimitada sob o prisma temporal, é absolutamente relevante no caso em que uma das partes constitui o que se chama nos EUA de “repeat players” e no Brasil de “litigantes habituais”, ou seja, aqueles entes (públicos ou privados) que se veem envolvidos em grande número de conflitos semelhantes, gerando grande possibilidade de o mediador vir a atuar novamente para uma delas, que é também a parte mais poderosa, tanto do ponto de vista econômico quanto do ponto de vista do acesso a informações e assessoria técnica relevantes.

As legislações argentina e colombiana sobre o assunto também cuidaram de trazer proibições com o propósito de garantir a imparcialidade do mediador ou do conciliador. Na Argentina, o mediador fica impedido de atuar para qualquer das partes até um ano após a cessação de sua atuação como mediador, não no caso concreto, mas do exercício da atividade de mediador. A proibição é definitiva no que diz respeito às causas em que atuou como mediador – disposição que parece bastante adequada. Na Colômbia, da mesma forma, os

conciliadores ficam impedidos, em definitivo, de atuar como árbitros, consultores ou procuradores de qualquer das partes em assuntos relacionados ao conflito em que tenham atuado, porém não existe proibição de trabalhar ou se relacionar com as partes em outros assuntos. Prevê ainda a legislação que os centros de conciliação ficam impedidos de atuar em casos nos quais eles ou seus membros sejam diretamente interessados.

O projeto de lei brasileiro sobre mediação (PLC 94/2002) prevê que o mediador fica impedido por dois anos (a contar do encerramento da atuação no caso) de prestar qualquer serviço às partes; e, em se tratando de matéria correlata à mediação, o impedimento é definitivo (artigo 23 do projeto). Naturalmente, prevê-se também que os casos de impedimento e suspeição de juízes estendem-se a mediadores (artigo 21).

Já o texto do projeto de novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010) prevê, em seu artigo 141, que o conciliador ou mediador “fica impedido, pelo prazo de um ano contado a partir do término do procedimento, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer dos litigantes”. Além de estipular prazo curto, não se estabelece qualquer proibição adicional de atuar em matéria correlata à do litígio, estabelecendo autêntico retrocesso em relação ao conteúdo do projeto de lei anterior sobre o assunto.

#### **4.8.1.2 Dever de respeitar a autonomia das partes**

O Código-modelo americano de 2005 cuida, em primeiro lugar, do princípio da auto-determinação das partes. Dispõe ele que: “As partes podem exercer sua auto-determinação em qualquer estágio da mediação, incluindo a seleção do mediador, a definição de cada etapa do processo, sua participação ou retirada do processo e o desfecho deste.”

O Código do CONIMA dispõe, em seu subitem IV, 9, caber ao mediador: “9. Eximir-se de forçar a aceitação de um acordo e/ou tomar decisões pelas partes.”

Os deveres em questão apenas reforçam a ideia de que a mediação é um processo que devolve às partes o poder para construir a solução mais apropriada para o seu conflito.

#### 4.8.1.3 Deveres de competência e diligência

Em seu subitem II (Princípios Fundamentais), o Código do CONIMA define competência como “a capacidade para efetivamente mediar a controvérsia existente”. Assim, o mediador “somente deverá aceitar a tarefa quando tiver as qualificações necessárias para satisfazer as expectativas razoáveis das partes.”

Mais adiante, em seu subitem V, 4, estabelece ser dever do mediador: “Assegurar a qualidade do processo, utilizando todas as técnicas disponíveis e capazes de levar a bom termo os objetivos da mediação.”

O Código-modelo americano já referido assim dispõe a respeito: “O mediador deverá mediar apenas quanto tiver a competência necessária para satisfazer as expectativas razoáveis das partes.”<sup>112</sup>.

Dois desmembramentos do dever em questão pelo mesmo Código merecem menção:

2. O mediador deverá frequentar programas educacionais e atividades relacionadas para manter e aprimorar seus conhecimentos e habilidades relativos à mediação.
3. O mediador deverá ter disponíveis para as partes informações relevantes quanto ao seu treinamento, educação formal, experiência e abordagem preferida ao conduzir uma mediação.<sup>113</sup>.

O dever de diligência também tem especial relevância no que diz respeito à duração do processo de mediação. O Código-modelo americano cuida do tema: “O mediador somente deverá aceitar casos quando possa satisfazer às razoáveis expectativas das partes no que diz respeito à duração do processo de mediação.”<sup>114</sup>.

#### 4.8.1.4 Dever de alertar as partes sobre a necessidade de perícia técnica ou assessoramento de terceiros

O dever em questão está diretamente relacionado aos deveres de imparcialidade e de respeitar a autonomia das partes, podendo ser entendido como implícito naqueles ou como deles decorrente. O que importa é reconhecer a sua necessidade, a partir do momento em que é inevitável haver diferenças no grau de informações e preparo das partes presentes numa

<sup>112</sup> Standard IV, *caput*, tradução desta autora.

<sup>113</sup> Idem.

<sup>114</sup> Standard VI, A, 2, tradução desta autora.

mediação. Essas diferenças, por evidente, podem afetar o grau de discernimento de cada uma delas com relação a uma eventual proposta de solução do seu problema.

O Código-modelo americano, ao tratar do princípio da auto-determinação das partes, assim estabelece:

O mediador não pode garantir pessoalmente que cada parte tenha feito escolhas livres e informadas para alcançar cada decisão, mas, sempre que apropriado, o mediador deverá alertar as partes sobre a importância de consultar outros profissionais para ajudá-las a fazer escolhas informadas.<sup>115</sup>

Não podendo o mediador, porque não é sua função (de modo que, muitas vezes, sequer estará qualificado para tanto), prestar assessoria jurídica, psicológica ou de qualquer natureza técnica às partes – o que, ademais, poderia mesmo colocar em risco a sua imparcialidade –, o mediador pode e mesmo deve alertar qualquer uma das partes sobre a necessidade de uma assessoria em área profissional especializada quando perceber que esta é necessária e não está sendo buscada espontaneamente pela parte.

O Código de Ética para Mediadores do CONIMA, em seu subitem V, 6, também dispõe caber ao mediador: “Sugerir a busca e/ou a participação de especialistas na medida em que suas presenças se façam necessárias a esclarecimentos para manutenção da equanimidade”.

Da mesma forma, no subitem IV, 7 e 8, o mesmo Código dispõe caber ao mediador:

7. Assegurar-se de que as partes tenham suficientes informações para avaliar e decidir.

8. Recomendar às partes uma revisão legal do acordo antes de subscrevê-lo.

O Código-modelo americano, supra mencionado, também alerta sobre a necessidade de separar o papel do mediador do de um consultor técnico especializado em matéria afeta ao conflito:

O papel do mediador difere substancialmente de outros papéis profissionais. Misturar o papel de mediador e o papel de uma outra profissão é problemático e, assim, o mediador deve distinguir entre os papéis. O mediador poderá prestar informações que esteja qualificado pela sua formação ou experiência a fornecer apenas se puder fazer isso sem violar as regras deste código.

[...]

O mediador não deverá desempenhar um papel adicional na resolução do conflito sem o consentimento das partes. Antes de prestar tal consultoria, o mediador deve informar às partes das implicações da mudança para o

<sup>115</sup> Standard I, A, 2, tradução desta autora.

processo e obter delas o consentimento para a mudança. O mediador que assumir tal papel assume diferentes obrigações e responsabilidades que podem ser governadas pelas regras de outras profissões.<sup>116</sup>

É interessante notar que, neste particular, o Código-modelo anterior, de 1994, era ainda mais restritivo:

O principal propósito de um mediador é facilitar um acordo voluntário entre as partes. Esse papel difere substancialmente de outras relações entre profissional e clientes. Misturar o papel de mediador e o papel de um profissional que presta consultoria (aconselhamento) a um cliente é problemático e mediadores precisam distinguir entre os papéis. O mediador deve abster-se de prestar consultoria profissional às partes. [...] O mediador que, a requerimento das partes, assume um outro papel na resolução de seu conflito assume responsabilidades e obrigações profissionais adicionais, que podem ser governadas pelas regras de outras profissões.<sup>117</sup>

O Código-modelo americano deixa claro, desta maneira, que o mediador que presta consultoria em matéria técnica afeta ao conflito, seja ela jurídica, psicológica ou de outra natureza, somente pode fazer isso com o consentimento das partes, pois, do contrário, estaria extrapolando indevidamente o seu papel de mediador. Ainda assim, passa a sujeitar-se às regras profissionais da categoria à qual compete prestar consultoria na matéria, seja mediante eventual exercício ilegal de profissão (se aquela não for área para a qual o mediador esteja habilitado a atuar), seja respondendo simplesmente por eventual consultoria inadequada (caso, estando o mediador habilitado a atuar na matéria, a orientação seja acatada pela parte que recebeu a consultoria e se comprove posteriormente que a orientação estava equivocada).

É importante lembrar, contudo, que, em determinadas situações, uma das partes, ainda que alertada pelo mediador, pode não querer ou não ter condições de pagar pela assessoria profissional apropriada ou, mais delicado ainda, pode ocorrer de a assessoria profissional contratada ignorar ou se equivocar sobre ponto essencial acerca da proposta de acordo. O tema foi objeto de debate em simpósio nos EUA em 1995 e a posição externada pela Professora Lela Love, uma das panelistas, parece oferecer uma boa solução:

[...] o mediador deverá suscitar questões específicas e formular perguntas acerca de pontos que as partes não examinaram, alertando-as sobre a imperativa necessidade de obter maiores informações ou aconselhamento jurídico e/ou alertando seus advogados para fazerem seu dever de casa com respeito a questão específica levantada pelo mediador, bem como outras questões que podem ter passado despercebidas ao mediador.[...] o mediador, em sessões privadas com cada uma das partes, deverá verificar se cada uma delas considerou o possível desfecho em um processo judicial e avaliou os

<sup>116</sup> Standard VI, item 5, tradução desta autora.

<sup>117</sup> Standard VI, comentários, tradução desta autora.

pontos fracos e fortes de suas respectivas posições. [...] Fazer perguntas cabe perfeitamente dentro do papel do mediador, mas dar ou sugerir respostas não cabe. (1995, p. 10).

Outro dos painelistas, Dean Feerick, também defendeu a possibilidade de trabalhar com as partes em sessões privadas para se assegurar de que elas estão tomando decisões bem-informadas, sendo que, se ainda assim, não for possível se assegurar disso, segundo ele, cabe encerrar a mediação (1995, p. 13).

#### **4.8.1.5 Dever de zelar pelo equilíbrio de poder entre as partes**

Demonstrando mais uma vez que a concepção prevalecente quanto ao processo de mediação não se reduz a uma igualdade formal entre as partes, a maioria dos Códigos de Ética menciona um dever do mediador de zelar pela manutenção de um equilíbrio adequado no que tange à participação das partes no processo.

O Código de Ética de Mediadores do CONIMA, em seu subitem IV, 6, também dispõe caber ao mediador: “6. Assegurar-se que as partes tenham voz e legitimidade no processo, garantindo-se assim equilíbrio de poder.”

Mais adiante, no subitem V, 8, dispõe caber a ele: “Suspender ou finalizar a mediação quando concluir que sua continuação possa prejudicar qualquer dos mediados ou quando houver solicitação das partes.”

Já o Código-modelo americano assim estabelece:

Se uma das partes aparentar ter dificuldades em compreender o processo, as questões nele envolvidas ou as possíveis opções de acordo que se apresentam, ou dificuldades em participar do processo, o mediador deverá explorar as circunstâncias e possibilidades de ajuste ou modificações que tornem possível a esta parte compreender, participar e exercer sua autodeterminação.

No âmbito da legislação dos Estados americanos, o Código do Estado de Iowa, segundo McCorkle, estabelece o seguinte dever: “O mediador dará a devida consideração a todas as partes e pode empregar diferentes técnicas para assisti-las, baseado em suas distintas necessidades.” (2005, p. 174).

#### 4.8.1.6 Confidencialidade

Outro item sempre presente nos Códigos de Ética de Mediadores é a confidencialidade.

O Código-modelo americano já mencionado, em seu *standard V*, estabelece o dever de confidencialidade tanto quanto ao que foi ventilado na sessão conjunta quanto nas sessões individuais, estipulando como únicas exceções o consentimento das partes ou a existência de legislação em contrário.

O Código do CONIMA dele trata em diversos pontos:

##### V. DO MEDIADOR FRENTE AO PROCESSO

O mediador deverá:

[...]

3. Esclarecer quanto ao sigilo.

[...]

5. Zelar pelo sigilo dos procedimentos, inclusive no concernente aos cuidados a serem tomados pela equipe técnica no manuseio e arquivamento dos dados.

O subitem IV, 5, dispõe ser dever do mediador: “esclarecer a parte, ao finalizar uma sessão em separado, quais os pontos sigilosos e quais aqueles que podem ser do conhecimento da outra parte.”

Existem, contudo, diversas exceções à regra da confidencialidade, conforme se pode verificar na legislação de vários Estados americanos. No painel realizado em 1995 durante um simpósio nos EUA acerca da conduta profissional de mediadores, a Professora Carol Izumi fornece um valioso inventário a respeito (1995, p. 14):

- a) a primeira exceção é a autorização das partes;
- b) a segunda possibilidade de quebra da confidencialidade é a situação de apuração da atuação profissional do mediador, num possível processo disciplinar;
- c) a terceira é para assegurar a integridade do processo, ou seja, para fazer valer o acordo pelo qual se estipulou a utilização da mediação, para fazer cumprir o acordo resultante da mediação ou ainda para provar a validade do acordo referido;
- d) a quarta diz respeito às informações discutidas durante o processo de mediação que poderiam ser descobertas de outra forma;



- e) a quinta abrange as situações em que, durante o processo de mediação, alguma das partes revela ao mediador a intenção de praticar um crime;
- f) a sexta possibilidade envolve a proteção da administração da justiça, isto é, para provar a suspeição de uma testemunha, para invalidar um esforço de obstruir investigação criminal ou caso o mediador tenha razões para crer que uma das partes fez afirmação falsa que constituiria perjúrio caso feita em juízo;
- g) a sétima, e que mais interessa ao tipo de conflito versado nesta tese, diz respeito às situações em que houver ente público envolvido e em que, de acordo com as legislações acerca da transparência dos atos administrativos, a confidencialidade não se aplica.

Não obstante o entendimento externado pela Professora seja o mais adequado para a esfera pública <sup>118</sup>, como se pôde apurar durante a pesquisa de campo, não foi este o entendimento que prevaleceu na prática da mediação envolvendo entes públicos nos EUA, seja na mediação em juízo, seja naquela realizada no seio de processos administrativos.

No sistema brasileiro, contudo, à luz do princípio da publicidade insculpido no artigo 37, *caput*, da nossa Constituição Federal, não nos parece haver outra solução jurídica admissível senão o reconhecimento da inaplicabilidade de confidencialidade, como regra, no processo de mediação envolvendo entes públicos – ao menos no que diz respeito às sessões conjuntas, em que efetivamente se debate e se decide a melhor solução para o problema. No que diz respeito às sessões individuais, que são meramente preparatórias do diálogo e da deliberação, não parece fazer sentido, de outra parte, pensar em quebra de confidencialidade, sob pena de se limitar em demasia a possibilidade de interação entre mediador e partes e a relação de confiança daí decorrente – ressalvada a hipótese, por evidente, de o mediador ter conhecimento, durante as sessões privadas, de ato criminoso ou claramente contrário ao interesse público.

Voltarei ao tema da confidencialidade e sua abrangência nos conflitos que envolvem o Poder Público no item 8.3.

---

<sup>118</sup> O mesmo entendimento é defendido, entre outros trabalhos, no artigo “Keeping public mediation public: exploring the conflict between confidential mediation and open government”, de Thomas Leatherbury e Mark A. Cover, publicado na *SMU Law Review* (n. 46, 1992-1993, p. 2221-2234). Também sobre as diversas exceções à confidencialidade, ver: HOBBS, Karin S. Mediation confidentiality and enforceable settlements: deal or not deal? *Utah Bar Journal*. N. 20, 2007, p. 37-41.

Por ora, é importante referir que o projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro (PLS 166/2010) contém previsão expressa acerca da confidencialidade, não trazendo, porém, nenhuma exceção a ela, nem estabelecendo qualquer regra especial para os conflitos que envolvem entes públicos. Segundo o parágrafo 2º. do artigo 134 do projeto, a “confidencialidade se estende a todas as informações produzidas ao longo do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes”. No mesmo compasso, o parágrafo seguinte dispõe:

§ 3º. Em virtude do dever de sigilo, inerente à sua função, o conciliador e o mediador e sua equipe não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

É preciso enfatizar que as duas omissões do texto do projeto, quais seja, quanto à previsão de exceções aplicáveis à regra da confidencialidade, e quanto à explicitação da abrangência desta nos processos envolvendo entes públicos, certamente trarão, caso o texto venha a ser aprovado desta maneira, incontáveis dificuldades na aplicação da confidencialidade, por um lado, e enorme resistência para utilização da mediação nos processos envolvendo entes públicos, por outro.

#### **4.8.1.7 Transparência na condução do processo**

O Código de Ética para Mediadores do CONIMA estabelece, em seu subitem IV, ser dever do mediador:

1. Garantir às partes a oportunidade de entender e avaliar as implicações e o desdobramento do processo e de cada item negociado nas entrevistas preliminares e no curso da mediação.

No subitem V, itens 1 e 2, o mesmo Código dispõe que o mediador deverá:

1. Descrever o processo da mediação para as partes.
2. Definir, com os mediados, todos os procedimentos pertinentes ao processo.

Tais regras parecem fazer muito sentido, basicamente por duas razões: a) sendo o processo de mediação algo pouco familiar para a grande maioria das pessoas que dele se utilizam, parece útil e necessário, para torná-lo mais produtivo, explicar as partes os caminhos que se pretende tomar, até para deixá-las mais à vontade com o que ainda não conhecem; b) uma das mais relevantes justificativas e propósitos da mediação é o “empoderamento” das

partes em conflito, de modo que não parece adequado que elas sejam simplesmente conduzidas ao longo de um processo que não compreendem.

Michael Moffitt coloca muito bem a questão:

Transparência do mediador envolve compartilhar com as partes aquilo que o mediador acredita ser o melhor passo a ser dado em seguida e porque ele ou ela acredita que este passo é o mais apropriado. [...] Transparência no processo envolve dizer às partes que atividades elas desenvolverão em seguida. (1998, p. 1).

Além de esclarecer as partes o que é que se pretende fazer em cada etapa do processo, para o mesmo autor, é fundamental deixar claro também as razões para cada passo, respondendo à questão: “Por que é que passaremos nosso tempo fazendo isso?” e revelando a motivação do mediador para cada escolha (1998, p. 2).

Moffitt aponta diversos benefícios em tal conduta:

Primeiro, transparência ajuda a garantir que as partes têm clareza sobre o processo, sobre seus objetivos e sobre seus papéis nele. Partes que estão esclarecidas sobre o processo e seus objetivos também costumam sentir-se mais donas dos desfechos do processo e capazes de contribuir mais efetivamente na realização dos impactos desejados.

Segundo, transparência pode oferecer aos mediadores retorno imediato das partes acerca das decisões estratégicas que ele está fazendo. [...]

Terceiro, embora ser transparente possa parecer requerer tempo extra, essa postura pode, na realidade, poupar tempo ao reduzir atrasos decorrentes da incerteza das partes.

Finalmente, transparência fornece uma abertura para o que o mediador está pensando, sua análise e decisões sobre o processo. Essa abertura pode ser uma ferramenta útil para aqueles que estão supervisionando ou treinando outros mediadores. E, de forma ainda mais significativa, na medida em que um dos objetivos da mediação é ajudar as partes a aprenderem a gerenciar suas próprias disputas, transparência pode servir para incrementar este aprendizado. (1998, p. 3)

Ele não sugere, contudo, que o mediador discuta com as partes cada pequena decisão que ele toma durante o processo, o que poderia comprometer inclusive a efetividade da mediação, mas recomenda que cada mediador avalie, em cada circunstância, em que medida maior transparência pode ser útil para o desfecho do processo e o aprendizado das partes.

Na esfera dos conflitos envolvendo entes públicos, em especial aqueles de dimensão coletiva, o dever do mediador de garantir a adequada transparência ao processo é ainda mais essencial.

#### 4.8.1.8 Remuneração do mediador

O Código-modelo americano assim dispõe a respeito:

A. O mediador deverá fornecer a cada uma das partes ou seus representantes informações precisas e completas sobre os custos da mediação, despesas e qualquer outras potenciais taxas que possam ser incorridas em conexão com uma mediação.

1. Se o mediador cobra pelos seus serviços, ele deverá fazê-lo à luz de todos os fatores relevantes, incluindo o tipo e complexidade da matéria, as suas qualificações, o tempo requerido e as tarifas costumeiras para tais serviços.

2. O acordo referente aos honorários do mediador deverá ser escrito, a menos que as partes o requeiram de outra forma.

B. O mediador não deverá cobrar honorários de uma forma que possa afetar sua imparcialidade.

1. O mediador não deverá fazer acordo de honorários baseado no resultado da mediação ou no valor de eventual acordo.

2. Embora o mediador possa aceitar pagamentos desiguais pelas partes, ele não poderá permitir que este arranjo impacte de forma adversa sua habilidade de conduzir a mediação de forma imparcial.<sup>119</sup>

Percebe-se que o dever em questão, além de relacionar-se à transparência para as partes quanto aos custos do processo, bem como a uma definição de valores cobrados pelo mediador que seja baseada na proporcionalidade do tempo dispendido, da qualificação e experiência do mesmo e à complexidade do tema, tem especial relevância também para a garantia de imparcialidade do mediador.

Embora a situação ideal, em termos de imparcialidade, seja aquela em que os honorários do mediador possam ser rateados pelas partes, nos EUA, é comum, entre os órgãos públicos que mantêm programas na esfera administrativa, que o Poder Público arque com o pagamento integral dos mediadores, em especial quando estes pertencem ao seu quadro de servidores – solução que, além de eliminar os custos para os particulares, também se revela compensadora para os cofres públicos, dada a economia de recursos gerada ao evitar a instauração de um litígio formal. Tal formato tem sido bem visto na prática, já que, sendo a utilização da mediação (bem como, por óbvio, a celebração do acordo) sempre voluntária para os particulares, se estes não confiarem na imparcialidade do mediador ou não entenderem que

---

<sup>119</sup> Standard VIII, tradução desta autora.

foi possível construir um acordo que atenda aos seus interesses, basta não participarem do procedimento ou não firmarem o acordo.

Já na esfera judicial, em que a utilização da mediação pode ter caráter obrigatório e não existe uma outra alternativa de solução de conflito à qual se possa depois recorrer, costuma-se adotar o efetivo rateio dos honorários, a menos que o particular não tenha condições tampouco de arcar com as custas processuais, sendo beneficiário de justiça gratuita.

#### **4.8.1.9 Dever de zelar pelos interesses de terceiros afetados**

Por fim, no âmbito de um trabalho que apresenta a mediação como instrumento útil, necessário e apropriado para a resolução de conflitos envolvendo o Poder Público, não seria possível deixar de mencionar um dever que tem especial relevância nesse tipo de conflito, da mesma forma que também tem nos conflitos envolvendo interesses de menores.

Trata-se da responsabilidade do mediador perante “as partes não presentes à mesa” (“parties not at the table”), conforme o denomina Lawrence Susskind, mas que proponho chamar de “dever de zelar pelos interesses de terceiros afetados”.

O reconhecimento de tal dever, como aponta Susskind (2004, p. 513), de certa forma, vai de encontro à teoria tradicional de que o mediador não deve opinar sobre os méritos da solução encontrada pelas partes, ou seja, “espera-se que os mediadores mantenham suas preferências pessoais para si e foquem apenas naquilo que as partes à mesa dizem que elas querem e precisam” (2004, p. 513). Não é isso, porém, afirma ele, que ocorre na prática, pois

[...] mediadores raramente permanecem indiferentes aos termos dos acordos, eles frequentemente argumentam contra ou a favor de elementos específicos de um acordo (em suas conversações privadas com as partes), ainda que elas estejam muito inclinadas em favor destes elementos, e eles normalmente defendem uma determinada solução não apenas com base em questões estratégicas, mas também com base em fundamentos éticos. (2003, p. 514).

O exemplo clássico fornecido por Susskind é o do acordo de divórcio que pode não ser homologado pelo juízo se este entender que os interesses das crianças não foram adequadamente protegidos ou houve violação de norma legal.

No que pertine aos conflitos envolvendo políticas públicas, aponta ele, ou se consideram também os interesses daqueles que não estão presentes à mesa, ou o cumprimento do acordo pode facilmente se revelar inviável (2003, p. 514).

Susskind aponta três razões, além da possível inviabilidade do acordo (que, a meu ver, é uma das mais importantes), para se levarem em conta os interesses de terceiros no conteúdo do acordo: 1) a primeira é a de que não se pode olvidar que os acordos firmados em procedimentos de mediação estabelecem “precedentes informais” cujos efeitos devem ser levados em consideração no momento de celebrar o acordo; 2) a segunda é a de que as partes presentes à mesa devem ter em conta suas “responsabilidades de liderança”, ou seja, sua obrigação de tomar decisões “que evitem desperdício, sendo tão criativas quanto possível e levando em conta todas as informações relevantes e pareceres técnicos competentes”; 3) por fim, a

[...] terceira justificativa para os mediadores desempenharem um papel mais pró-ativo ao modelarem acordos de ‘alta qualidade’ é a necessidade de ‘publicizar os benefícios da mediação’ e educar as pessoas sobre as vantagens da mediação sobre outros meios alternativos de resolver o conflito. (2003, p. 515-516).

Para ele, cabe, assim, ao mediador “direcionar as partes para além da solução mais óbvia”, de modo a “maximizar os ganhos conjuntos” (2003, p. 516), fazendo um “esforço consciente para maximizar a justiça, eficiência, estabilidade e sabedoria de qualquer acordo.” (2003, p. 517).

A proposta de Susskind contempla a responsabilidade ética que falta incluir de forma expressa nos Códigos de Conduta de mediadores. Entendo que ela deve ser incluída por fundamentos similares, porém não exatamente idênticos aos apontados por ele, até porque originados de um sistema jurídico distinto do nosso.

Os acordos firmados em processos de mediação, notadamente aqueles que envolvem o Poder Público, não podem, de forma alguma, descuidar dos interesses, que muitas vezes são múltiplos, de todos aqueles que podem estar sub-representados na mesa de negociação e o mediador está na posição ideal para lembrar às partes ali presentes o que esse acordo pode representar no complexo tecido social em que ele se insere. Seus efeitos sobre terceiros devem ser levados em conta, por três razões: a) respeito ao princípio da eficiência, já que acordo inviável possivelmente se torna acordo descumprido; b) necessidade de respeito a todos os direitos fundamentais que possam ser afetados por seu conteúdo; c) efeitos do acordo em termos de precedentes, já que sua possível e provável repetição é uma decorrência inevitável do princípio da isonomia, um dos pilares de nosso ordenamento jurídico.

#### 4.8.2 Co-mediação

A legislação colombiana sobre conciliação prevê que os estudantes do último ano de Psicologia, Serviço Social, Psicopedagogia e Comunicação Social poderão realizar seus estágios em centros de conciliação, apoiando o trabalho do conciliador e o desenrolar das audiências. As legislações americana e argentina sobre mediação, em geral, não tratam do assunto, muito embora a co-mediação seja bastante utilizada nos dois países.

O projeto de lei brasileiro sobre mediação inova ao prever a figura da **co-mediação**, sempre que for recomendável pela natureza ou complexidade do conflito, a qual deverá ser realizada por profissional especializado na área de conhecimento a que concerne o litígio (artigos 16, *caput* e 33 do projeto), podendo ser requerida por qualquer dos interessados ou pelo próprio mediador (artigo 16, § 2º). Prevê-se ainda a figura da co-mediação obrigatória nas controvérsias “que versem sobre o estado da pessoa e direito de família”, casos em que o co-mediador deverá ser um psiquiatra, psicólogo ou assistente social (artigo 16, § 1º). A previsão merece aplauso.

No que pertine aos conflitos de dimensão coletiva, é bastante comum, nos países que utilizam a mediação, a utilização de ao menos dois mediadores, em especial quando o grupo de participantes envolve grande número de pessoas ou as questões envolvidas no conflito possam se beneficiar da atuação de mediadores com formações distintas.

#### 4.8.3 As qualidades necessárias para um bom mediador

Além de tratar das proibições e inadequações na conduta de um mediador, faz-se necessário, por óbvio, apontar também quais são as qualidades necessárias para um bom desempenho.

Entre as características normalmente elencadas, destacam-se: a) capacidade de escuta; b) atenção aos detalhes no comportamento das partes; c) flexibilidade e criatividade; d)

paciência; e) visão (capacidade de aprofundar os níveis latentes ao conflito) <sup>120</sup>; f) empatia e capacidade de não julgamento; g) confiabilidade/ credibilidade.

Bowling e Hoffman (2003) descrevem de forma bastante consistente e original uma qualidade essencial para um bom mediador, que eles chamam de “presença”. Baseados na observação de que a simples presença do mediador afeta o comportamento das partes em conflito, e também de que, durante o processo de mediação, desenvolve-se um relacionamento entre as partes, de modo que “as qualidades pessoais das partes podem influenciar o mediador, da mesma forma que as qualidades pessoais do mediador afetam as partes” (2003, p. 21) <sup>121</sup>, eles proclamam que a presença do mediador deve ser “integradora”, qualidade que abrange os seguintes componentes: “- estar centrado; - estar conectado com os próprios valores e crenças e com objetivos elevados; - estar em contato com a humanidade das partes; - ser coerente”. <sup>122</sup> A coerência carrega consigo, segundo eles, autenticidade, mas também a capacidade de adaptar o próprio comportamento à condição vivenciada pelas partes.

Uma questão sempre aventada quando se trata de qualidades desejáveis em mediadores diz respeito ao peso que deve ser dado à familiaridade do mediador com a matéria envolvida no conflito. Sob o prisma das vantagens, conforme Carole Silver (1996), aponta-se que o processo normalmente será mais rápido – e, de consequência, mais barato, graças ao conhecimento prévio do mediador, que fará com que rapidamente ele entenda o que está em disputa. Sob o prisma das desvantagens, levanta-se a preocupação de que excessivas conexões ou familiaridade com uma determinada área profissional podem acarretar preconceitos e tendências, com prejuízo para a imparcialidade do mediador.

Trata-se de preocupação semelhante à decorrente do fato de o mediador atuar profissionalmente, e não eventualmente, o que, para a mesma autora, também ocasiona riscos para a imparcialidade, já que, quando se trata de litigantes habituais, o mediador tende a buscar se assegurar de que seja escolhido novamente em outros processos. Para Silver, a combinação de conhecimento sobre a matéria do conflito com a atuação profissional como mediador apresentaria seríssimos riscos para a imparcialidade (1996, p. 52) – cabe ressaltar,

---

<sup>120</sup> Ver, por exemplo, ÁLVAREZ, Gladys. Ser um mestre em mediação? In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (orgs.). **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

<sup>121</sup> Tradução desta autora.

<sup>122</sup> Tradução desta autora.



porém, que este risco só existe, por evidente, no caso dos conflitos que envolvem litigantes habituais.

De outra parte, como ela mesma lembra, o mediador profissional precisa estar mais “atento a manutenção de uma reputação de integridade, de modo a sustentar sua carreira, de maneira que se pode argumentar que ele tem mais razões para manter sua imparcialidade do que o mediador eventual, que não depende desta carreira para o seu sustento.” (1996, p. 46)<sup>123</sup>, o que acaba minimizando o risco de parcialidade – ao menos nos conflitos que não envolvem litigantes habituais.

Na seara dos conflitos envolvendo políticas públicas, conforme apurou a pesquisa de campo nos EUA, existe uma clara preferência dos entes públicos por mediadores com conhecimento ou familiaridade com a matéria envolvida no conflito, o que se explica pela complexidade destes, mas também pode, evidentemente, acarretar riscos para a imparcialidade, já que entes públicos são litigantes habituais por excelência.

#### **4.8.4 Sobre a regulamentação (ou não) da atividade**

A regulamentação da atividade de mediador envolve diversos aspectos inter-relacionados: a) em primeiro lugar, existem os mecanismos para autorizar o exercício da atividade, envolvendo cadastro, credenciamento ou certificação de mediadores, seja em geral, seja no âmbito de um determinado programa; b) em segundo, a partir do momento que se opte por este credenciamento e que este envolva a necessidade de alguma forma de capacitação, é preciso definir quais os conteúdos necessários para a capacitação em mediação; c) em terceiro, existem os mecanismos de monitoramento ou supervisão da atividade com objetivo de manutenção de um padrão mínimo de qualidade; d) em quarto, é possível a instituição de mecanismos de apuração de faltas éticas, que podem culminar, nos casos mais graves, no impedimento da atuação como mediador, desde que existente alguma forma de certificação ou cadastro.

Além de todos estes mecanismos, é possível pensar, sem sombra de dúvida, em responsabilização civil e/ou criminal por má atuação de mediadores, ao menos na modalidade subjetiva, isto é, sempre que ficar evidenciado o descumprimento de uma norma de conduta

---

<sup>123</sup> Tradução desta autora.

pelo mediador, sendo que, na esfera civil, deve ficar demonstrado também o dano decorrente da má atuação.

#### **4.8.4.1 Cadastro, registro ou certificação de mediadores – conveniência ou não de sua existência e critérios apropriados**

A existência ou não de mecanismos de cadastro, registro ou certificação de mediadores é um assunto altamente controvertido tanto no Brasil, onde a atividade de mediação ainda não é regulamentada por lei, quanto nos EUA, onde a prática da mediação já está muito mais difundida, mas tampouco existe norma geral no âmbito federal ou estadual dispondo sobre credenciamento de mediadores.

É bom lembrar que, a exemplo do que ocorre em muito maior escala nos Estados Unidos, ou em países como a Argentina e a Colômbia, no Brasil, a atividade de mediação se desenvolve tanto no seio do Judiciário (prestada por mediadores contratados, voluntários ou mesmo provenientes do setor privado remunerado) como no âmbito de entidades privadas, com ou sem fins lucrativos, que se dedicam à atividade.

A regulamentação da atividade apresenta, assim, como aponta Craig McEwen (2005, p. 6), “um enorme desafio de engajar ativamente milhares de mediadores – alguns em tempo parcial e outros em tempo integral, alguns voluntários e outros remunerados – que atuam em campos práticos bastante variados entre si” <sup>124</sup>.

São diversos os argumentos favoráveis e contrários à certificação, mas o fato é que, nos EUA, muito embora não se tenha logrado consenso no que concerne à necessidade ou conveniência da certificação, quando se trata de programas de mediação no âmbito do Poder Judiciário ou de órgãos públicos, cada esfera judicial ou administrativa tem tratado de estabelecer seus próprios critérios, mais ou menos restritivos, para admitir a participação de mediadores nos conflitos que se resolvem em seu âmbito.

Um dos primeiros argumentos favoráveis à certificação seria, assim, a possibilidade de homogeneizar os critérios para atuação de mediadores, se não por completo (pois cada programa pode e deve manter suas peculiaridades), ao menos em um determinado grau de consenso quanto a competências básicas a serem exigidas do mediador.

---

<sup>124</sup> Tradução desta autora.

Um argumento que sempre se levanta em contrário à certificação, por outro lado, é o que diz respeito à possibilidade de que esta iniba a diversidade de abordagens e técnicas na mediação. Como já visto no início deste capítulo, existe grande debate sobre se, por exemplo, a atuação do mediador deve ser mais avaliadora ou mais facilitadora, sendo que, para alguns<sup>125</sup>, cada programa, ao estabelecer seus critérios de certificação de mediadores, deveria esclarecer qual a visão de mediação que lhe é subjacente. Parece evidente a honestidade e eticidade de tal pensamento, que busca desvendar o suporte teórico “implícito” em cada programa de mediação, porém não se deve descartar a possibilidade de que os programas de mediação acolham mediadores que se inclinam por diferentes técnicas ou correntes ou ainda que exijam dos mediadores que dele participam o domínio de todas as diversas técnicas ou abordagens, a fim de aplicar aquela que seja mais apropriada em cada tipo de conflito ou situação específica. Esta política de diversidade, assim como eventual política que acolha apenas uma espécie de técnica de mediação, deve, todavia, ser explícita, tal como propugnam Bush e outros (2002-2003).

No Brasil, o projeto do novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010) posiciona-se acerca da controvérsia dispondo que cada tribunal deverá manter um cadastro de conciliadores e mediadores, tendo liberdade para definir seus próprios requisitos adicionais, porém estabelecendo desde logo que os mediadores deverão ser advogados e deverão ter passado por capacitação sobre o assunto. É o que se depreende dos dispositivos que tratam do tema:

Artigo 137. Os tribunais manterão um registro de conciliadores e mediadores, que conterà o cadastro atualizado de todos os habilitados por área profissional.

§ 1º. Preenchendo os requisitos exigidos pelo tribunal, entre os quais, necessariamente, inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil e a capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada pelo tribunal, o conciliador ou o mediador, com o certificado respectivo, requererá inscrição no registro do tribunal.

§ 2º. Efetivado o registro, caberá ao tribunal remeter ao diretor do fórum da comarca ou da seção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que o nome deste passe a constar do rol da respectiva lista, para efeito de sorteio.

[...]

---

<sup>125</sup> Ver, por exemplo, NOCE, Dorothy J. Della; BUSH, Robert Baruch; FOLGER, Joseph P. Clarifying the theoretical underpinnings of mediation: implications for practice and policy. **Pepperdine Dispute Resolution Law Journal**. N. 03. 2002-2003. p. 39-65.

Artigo 138. Será excluído do registro de conciliadores e mediadores aquele que:

- I – tiver sua exclusão solicitada por qualquer órgão julgador do tribunal;
- II – agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade;
- III – violar os deveres de confidencialidade e neutralidade;
- IV – atuar em procedimento de mediação, apesar de impedido.

§ 1º. Os casos previstos nos incisos II a IV serão apurados em regular processo administrativo.

§ 2º. O juiz da causa, verificando atuação inadequada do conciliador ou do mediador, poderá afastá-lo motivadamente de suas atividades no processo, informando ao tribunal e à Ordem dos Advogados do Brasil, para instauração do respectivo processo administrativo.

No que tange à exigência de que os mediadores sejam advogados, o tema envolve grande polêmica entre estes profissionais e os de outras categorias que já atuam com mediação em diversos programas existentes. Entendo assistir razão a Humberto Dalla Bernardina de Pinho quando este afirma que o debate não tem sido desinteressado e sim dominado por interesses corporativistas da classe advocatícia, bem como quando o autor defende que o mediador não precise ser necessariamente um advogado, muito embora, em determinados conflitos, certamente seja importante a existência ao menos de um co-mediador advogado (2009, p. 289), tudo a depender do peso que a legalidade desempenhe na solução do conflito (o que, em qualquer caso, pode ser suprido também pela presença dos advogados das partes que participam da mediação). Esta é, aliás, a experiência dos Estados Unidos, bem assim de vários países onde a mediação já está bem mais desenvolvida que no Brasil – com exceção da Argentina, onde a reserva de mercado para os advogados acabou por prevalecer.

Com relação à possibilidade de exclusão do cadastro de mediadores e conciliadores, prevista no texto, há que se ressaltar que, se este é certamente um mecanismo necessário inclusive para assegurar a observância de diretrizes éticas, a previsão do inciso I do artigo 138, da forma que este se encontra redigido, abre as portas para a arbitrariedade, ao não estabelecer nem o critério que pode justificar tal pedido de exclusão, nem procedimento contraditório, mediante o qual o mediador ou conciliador possa ser ouvido sobre a acusação que lhe é imputada.

Uma outra decisão crucial necessária no que diz respeito à certificação geral <sup>126</sup> para atuação de mediadores concerne ao caráter desta: deve ela ser voluntária ou compulsória? Num país onde impera o pensamento liberal, como os EUA, tem prevalecido o entendimento de que esta deve ser voluntária <sup>127</sup> – o que torna a certificação bastante inócua, já que é bastante pequeno o percentual de mediadores que terminam por buscá-la.

Entre os critérios que têm sido adotados para credenciamento ou certificação de mediadores nos EUA (a qual se realiza apenas no âmbito de programas específicos de mediação), os mais comuns são: a) número de horas de treinamento; b) número de horas de atuação, demonstrando a experiência do mediador; c) grau de escolaridade; d) exames escritos.

A crítica mais comum que se faz a tais critérios é a de que eles tendem a excluir da prática da mediação aqueles menos favorecidos economicamente (devido aos custos do treinamento ou grau de escolaridade) e socialmente (devido à dificuldade de fazer contatos que levem à aquisição de experiência em grande número de casos). Sarah Rudolph Cole, uma das autoras que faz esta crítica, propõe, ao revés, que seja realizada uma “avaliação holística” do perfil de cada candidato a atuar como mediador, a fim de contrabalançar treinamento e experiência, de maneira a permitir uma seleção mais aberta à diversidade <sup>128</sup>. Embora a proposta pareça bastante interessante, o fato é que o simples fato de sopesar treinamento e experiência, embora amenize o problema, dificilmente garante de forma significativa maior acesso àqueles que são econômica e socialmente desfavorecidos, já que, como argumenta a própria autora, ambos (treinamento e experiência) são mais difíceis de adquirir por este grupo. De outra parte, é preciso lembrar que, a par de garantir acessibilidade à certificação de mediadores, não se pode jamais perder de vista a necessidade de garantir a qualidade da atuação, a fim de proteger os interesses daqueles que dela se utilizam.

---

<sup>126</sup> Quando utilizo o termo “certificação geral”, refiro-me à certificação para atuar como mediador em qualquer programa, em oposição à certificação que atende a critérios de programas específicos, que, quando existente, é sempre compulsória.

<sup>127</sup> Um bom exemplo desse pensamento aplicado à mediação pode ser visto no artigo de Michael Moffitt “The four ways to assure mediator quality (and why none of them work)”, publicado no **Ohio State Journal on Dispute Resolution** (Vol 24, N. 191, 2009), em que ele, apesar de afirmar, logo no início do trabalho, que “Mediadores atuam hoje com poucas restrições de mercado, poucos controles de sua conduta e poucas consequências de conduta inadequada. Esta condição não vai persistir.”, acaba concluindo, ao final, que a “regulação diminuiria a inovação e diversidade nas abordagens de mediação”, de modo que ele aposta no mercado privado para assegurar maior controle da qualidade de tais serviços.

<sup>128</sup> Mediator certification – the time has come? **The Mayhew-Hite Report on Dispute Resolution and the courts**. Disponível em: <<http://moritzlaw.osu.edu/jdr/mayhew-hite/vol3iss1/lead.html>>. Acesso em 10.2.10.

Ainda entre os argumentos favoráveis à certificação, ao lado da uniformidade e da garantia da qualidade dos serviços aos usuários, coloca-se a possibilidade de supervisão da atuação dos mediadores e aplicação de penalidades quando for o caso. Desta se tratará no item seguinte, mas é evidente que a supervisão pressupõe o cadastro ou certificação de mediadores, já que as principais conseqüências que podem advir de mau comportamento são justamente o registro de tal informação no cadastro de mediadores ou, em última instância, a exclusão do mediador de tal cadastro.

Como salienta Carole Silver (1996), se, em alguns cenários, parece ser possível confiar no mercado e sua capacidade de auto-regulação para assegurar a qualidade dos serviços, em muitas outras, em que, pela sua dimensão, não existem suficientes informações e monitoramento da atuação de seus membros, parece bastante arriscado não realizar uma regulação da atividade.

De outra parte, um dos argumentos sempre aventados em desfavor da certificação diz respeito aos custos dela advindos, não apenas para administrar o processo seletivo e a supervisão, encarecendo de consequência a utilização da mediação, mas também com a potencial exclusão de mediadores voluntários que não estariam dispostos a suportar os custos da certificação <sup>129</sup>.

Parece evidente ser necessário, sim, evitar que os processos de certificação e supervisão de mediadores venham a gerar custos que inviabilizem o processo, de modo que um dos critérios na escolha dos métodos pode e deve ser o custo de sua implementação. Para Michelle Robinson, os benefícios podem compensar os custos de tal sistema desde que estes últimos sejam mantidos num patamar mínimo <sup>130</sup>. Vale mencionar que, a par de mensurar tais custos, deve-se decidir por quem estes serão pagos, se com fundos públicos ou pelos próprios mediadores – ou ambos.

Além dos métodos já acima descritos, há que se mencionar os métodos pelos quais se garante que um mediador continue atuando, quais sejam: a) atualização nos treinamentos; b) avaliação de desempenho.

---

<sup>129</sup> ROBINSON, Michelle. Mediator certification: realizing its potentials and coping with its limitations. **The Mayhew-Hite Report on Dispute Resolution and the courts**. Disponível em: <<http://moritzlaw.osu.edu/jdr/mayhew-hite/vol4iss3/student.html>>. Acesso em 10.2.10. Tradução desta autora.

<sup>130</sup> *Idem, ibidem*.

Michelle Robinson, ao realizar uma análise dos diferentes métodos para certificar mediadores e seus respectivos custos, acaba por concluir que os que apresentam menos custos são também os menos precisos: “Enquanto os sistemas de reconhecimento de horas (de treinamento ou experiência) e de exames escritos têm as vantagens de serem objetivos e de baixo custo, avaliações de desempenho e avaliações holísticas são mais acuradas.” Assim, para ela, “Para manter flexibilidade e diversidade, alguma dose de avaliação de desempenho e de avaliação holística são essenciais” <sup>131</sup>.

A avaliação de desempenho, sobre a qual discorreremos mais no item seguinte, parece ser, indubitavelmente, o método, ao mesmo tempo, que apresenta mais custos e maior precisão <sup>132</sup>.

Uma das discussões que surge no que diz respeito à atuação de mediadores envolve a questão de se ela deve ser reservada a alguma categoria profissional já existente – o que, muitas vezes, é um pleito da classe dos advogados, dada sua vocação para atuar em conflitos de natureza jurídica. Este pleito, contudo, não tem encontrado eco nas legislações no mundo todo, dado o simples fato de que, como visto, a mediação não busca resolver conflitos com base apenas em critérios jurídicos, mas sim com base em todos os interesses relevantes para as partes. No âmbito de alguns programas, contudo, algumas vezes a mediação é reservada à classe advocatícia.

A legislação federal argentina prevê que o mediador, no âmbito de conflitos cíveis ou de família, deve ser advogado com pelo menos três anos de experiência profissional <sup>133</sup>, mas as legislações das províncias, em geral, não contêm esta restrição. O mediador pode ser escolhido diretamente pelas partes ou mediante sorteio dentre os mediadores cadastrados. No âmbito federal, o Registro de Mediadores é de responsabilidade do Ministério da Justiça. Além disso, funciona uma Comissão de Seleção e Fiscalização dos Mediadores, constituída por representantes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

---

<sup>131</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>132</sup> Um estudo a respeito realizado pela Society of Professionals in Dispute Resolution (SPIDR) concluído em 1989 concluiu que os melhores critérios para qualificação de mediadores são os baseados no desempenho, muito mais que em critérios de credenciamento. Cf. FEERICK *et alii*. Standards of professional conduct in Alternative Dispute Resolution. **Journal of Dispute Resolution**. N. 95. 1995.

<sup>133</sup> Ley 24.573, de 4.10.1995, Ley de Mediación y Conciliación, Buenos Aires, artigo 16. Esta lei, prevista para vigorar por 5 anos, teve sua vigência prorrogada sucessivamente pelas Leys 25.287, de 11.8.2000, 26.094, de 5.5.2006 e 26.368, de 23.4.2008. O tempo de prática, inicialmente, era de 2 anos (artigo 21 do Decreto 1021/95), mas passou a ser de 3 anos com o Decreto 91/98 (artigo 16).

Na Colômbia, a conciliação pode ser levada a cabo por determinadas classes de funcionários públicos ou por conciliadores de centros de conciliação privados (estas duas categorias deverão ser devidamente treinadas), por notários (titulares de cartórios extrajudiciais) e, ainda, por advogados. Em nenhum caso, porém, exige-se um tempo mínimo de experiência profissional. Somente os advogados podem conciliar baseados no direito, ao passo que todos os demais podem conciliar com base na equidade.

No Brasil, o projeto de lei sobre mediação em trâmite no Congresso Nacional prevê que a mediação seja feita por advogados com pelo menos três anos de atuação profissional ou por profissionais de outras áreas, mas todos eles devem ser previamente capacitados em mediação ou ter “experiência prática adequada à natureza do conflito”<sup>134</sup>, sendo devidamente inscritos nos Registros de Mediadores que funcionarão junto à OAB e ao Tribunal de Justiça<sup>135</sup>. Já o projeto de novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010) prevê que os mediadores que atuarem em processos judiciais sejam necessariamente advogados, devidamente capacitados e inscritos em cadastro mantido por cada Tribunal de Justiça (artigo 137 do projeto), opção claramente contrária ao que ocorre na maioria dos países e que desafia, inclusive, o que tem ocorrido na prática dos programas de mediação já existentes em nosso país, como se vê na pesquisa de campo descrita no apêndice. Registre-se, porém, que o projeto deixa claro que suas disposições “não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes” (artigo 144).

#### **4.8.4.2 A capacitação de mediadores**

Como lembra com pertinência McEwen (2005, p. 7), “qualquer movimento no sentido de certificar mediadores precisa ser acompanhado de um sistema para certificar programas de treinamento de mediadores”<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> Estabelece o artigo 9º.: “Pode ser mediador qualquer pessoa capaz, de conduta ilibada e com formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito, nos termos desta lei.”

<sup>135</sup> Veja-se o texto do projeto:

“Artigo 11. São mediadores judiciais os advogados com pelo menos três anos de efetivo exercício de atividades jurídicas, capacitados, selecionados e inscritos no Registro de Mediadores, na forma desta lei.

Artigo 12. São mediadores extrajudiciais aqueles independentes, selecionados e inscritos no respectivo Registro de Mediadores, na forma desta lei.”

<sup>136</sup> Tradução desta autora.



Nos EUA, costuma-se exigir, no âmbito dos diferentes programas de mediação judicial ou em órgãos públicos, que os mediadores tenham sido capacitados em cursos de mediação com carga horária mínima de 40 horas <sup>137</sup>. Na opinião, contudo, de alguns estudiosos, como Kimberlee Kovach (1995), o treinamento em mediação deveria durar ao menos um ano, sendo que a maior parte do curso deveria contemplar atuação prática (que ela chama de “desenvolvimento de habilidades”), ao lado de teoria da mediação e temas de Direito relevantes para o procedimento de mediação, tais como confidencialidade do procedimento e responsabilidade civil do mediador. O conhecimento da parte teórica, para ela, pode ser aferido por testes escritos, ao passo que a atuação prática deve contemplar a observação da atuação do estudante pelo instrutor, a filmagem de sessões reais ou simuladas, bem como uma técnica criada por ela, um exame em que é exibido um vídeo de uma sessão de mediação e, em determinados momentos, a fita pára e uma pergunta aparece para o estudante responder qual o passo a ser dado pelo mediador. Além disso, ela entende que, para ser admitido em tais cursos, o candidato a mediador deveria ter um curso superior ou ao menos alguns anos de experiência profissional em determinadas áreas.

Sob o ponto de vista da metodologia de ensino, como asseveram Lieberman e outros (2005), “existe consenso no que diz respeito à necessidade de incorporar a prática de mediação em casos reais como um componente integral do programa de treinamento” <sup>138</sup>, normalmente supervisionada por um mediador experiente.

Antes de se pensar em conteúdo e metodologia, porém, parece evidente a necessidade de serem bem definidos os objetivos do treinamento. Para Roselle Wissler (2005), estes objetivos recaem em três categorias: dimensões cognitivas, aquisição de habilidades e resultados “afetivos”.

As dimensões cognitivas, diz ela no mesmo trabalho, “podem ser avaliadas ao se aplicar aos participantes do treinamento um exame escrito ou pedir a eles que descrevam como é que eles reagiriam em determinadas situações hipotéticas” <sup>139</sup>, nas quais, naturalmente, fosse exigida a aplicação dos conhecimentos adquiridos.

Já a avaliação da aquisição de habilidades precisa verificar

---

<sup>137</sup> Esta é a descrição, por exemplo, que faz Kimberlee Kovach, no painel de que participou no Simpósio “Standards of professional conduct in Alternative Dispute Resolution”, publicado no **Journal of Dispute Resolution**, N. 95, 1995.

<sup>138</sup> Tradução desta autora.

<sup>139</sup> Tradução desta autora.

[...] se estas se tornaram relativamente automáticas e se os participantes do treinamento são capazes de aplicar as habilidades e adaptá-las a situações distintas. Estas habilidades, tipicamente, são avaliadas através da observação do desempenho, seja em situações simuladas de complexidade variada ou em ação durante o trabalho real propriamente dito.<sup>140</sup>

Por fim, os resultados “afetivos” envolvem determinar “se os participantes do treinamento desenvolveram capacidade de auto-avaliação, auto-confiança e motivação para aprimorar suas habilidades”<sup>141</sup>. Esta avaliação normalmente se realiza através de questionários respondidos após o treinamento.

Não se deve ignorar, ainda, segundo ressalta Wissler, que o ambiente de trabalho no qual se inserem os participantes do treinamento é crucial para sua capacidade de aplicar e aprimorar as habilidades adquiridas, dada a grande relevância de obter apoio, supervisão e avaliação constantes de sua atuação por pares e supervisores.

Em realidade, alguns programas, como o desenvolvido no âmbito do Ministério da Justiça em Israel, descrito por Lieberman e outros (2005), também se utilizam destes mecanismos de auto-avaliação e avaliação do desempenho em casos reais por pares e instrutores durante o próprio treinamento.

Outra técnica, bastante empregada em treinamentos de mediação nos EUA, é a utilização de vídeos mostrando exemplos de casos e atuação de mediadores, bem como a filmagem da atuação de participantes em treinamentos em casos reais ou simulados, a fim de propiciar uma posterior revisão e comentários por parte de instrutores, bem assim auto-observação e avaliação pelos treinandos. Conforme sugere Golann (2007), a utilização de vídeos pode mesmo servir para introduzir um caso simulado, em que os estudantes assumem, a partir de uma certa altura, o papel das partes e mediador(es) no vídeo apresentado<sup>142</sup>.

Uma técnica inovadora, descrita em trabalho singular neste sentido, é a utilização de video-games para o ensino de técnicas de resolução de disputas. Goodrich e Schneider escreveram um interessante artigo sobre o potencial pedagógico do video-game Peacemaker, que coloca os jogadores na posição de líderes israelense e palestino, no ensino de tais técnicas. Elas dão notícia de que a utilização de simulações propiciadas por jogos eletrônicos

---

<sup>140</sup> Tradução desta autora.

<sup>141</sup> Tradução desta autora.

<sup>142</sup> Este autor explora de forma abrangente as potencialidades da utilização de vídeos no ensino de mediação e negociação, não só apontando as finalidades pedagógicas, mas também ensinando até mesmo como evitar problemas técnicos e produzir seus próprios vídeos (Using videos to teach negotiation and mediation. **Dispute Resolution Magazine**. Vol. 13, n. 2, p. 8-14).

por professores, políticos, economistas e militares em técnicas de treinamento ou previsão de cenários não é nova, sendo o jogo em questão uma interessante ferramenta não apenas pela grande familiaridade com o cenário que há de ser comum entre jovens estudantes, mas também porque ele “propicia uma oportunidade de experimentar uma série de diferentes técnicas de uma forma que as simulações de casos baseadas em desempenho de papéis por estudantes não são capazes de fornecer” (2010) <sup>143</sup>. Apresentando uma situação com alto grau de complexidade, tendo em vista os diferentes interesses internos de cada grupo e internacionais (e a correlação entre eles) e uma série de episódios concretos em que o jogador deve tomar a decisão mais adequada à construção da paz, além de exigir uma postura pró-ativa neste sentido, o jogo busca “desafiar indivíduos a desenvolver estratégias cooperativas e avaliar os resultados através de tentativa e erro à medida que trabalham para a paz.” (2010) <sup>144</sup>.

Sob o prisma do conteúdo, Cheryl Picard lembra que a capacidade de formular perguntas é uma das ferramentas essenciais a ser ensinada ao mediador:

As ferramentas mais poderosas do mediador no processo de facilitação são perguntas, que levam a investigar, refletir, perguntar-se, resolver problemas, fazer conexões, desfazer conexões, reenquadrar, empoderar. Perguntas chamam a atenção das partes para aspectos relevantes que podem ter passado despercebidos. Pelo fato de o mediador oferecer possibilidades às partes, mais do que afirmações, o poder sobre o processo permanece nas mãos das partes. São elas que deverão ter *insights* e aprender a partir deles. (2003) <sup>145</sup>.

É importante mencionar, por fim, que algumas das mais recentes tendências exploratórias no ensino da mediação atentam, de um lado, para os aspectos emocionais do aprendizado e, de outro, para a importância de um determinado grau de maturidade emocional no desempenho das atividades do mediador, o qual, se não preexistir ao treinamento, pode e deve ser ensinado.

Quanto ao primeiro aspecto, vale dizer, a conexão entre as emoções do participante do treinamento e seu rendimento, Stain Jr. (2003, p. 475) cita estudos que demonstraram que a “emoção está portanto imbricada com os processos racionais de aprendizado, intencionalmente ou não.” <sup>146</sup>. Assim, para ele, “nós precisamos desempenhar um trabalho melhor ao preparar mediadores para reconhecerem e desenvolverem seus recursos cognitivos,

---

<sup>143</sup> Tradução desta autora.

<sup>144</sup> Tradução desta autora.

<sup>145</sup> Tradução desta autora.

<sup>146</sup> Tradução desta autora.

comportamentais, emocionais e espirituais”, o que ele sugere seja feito criando “canais de motivação” ou de “propósito”, mediante “conversas durante as aulas e exercícios escritos, reflexão individual, parcerias de aprendizado, diários de aprendizado” (2003, p. 476) <sup>147</sup>, entre outras.

Já Leonard Riskin (2004) aponta o fato de que,

[...] para uma pessoa implementar, de forma apropriada, as estratégias associadas com as novas técnicas de mediação, negociação e advocacia, ela precisa ter um conjunto de habilidades de fundo, como consciência, maturidade emocional e compreensão. Mas os cursos de capacitação em negociação e mediação – em especial aqueles voltados para advogados e estudantes de Direito – não propiciam este treinamento. Professores e instrutores tendem a assumir, ao revés, que advogados e estudantes de Direito já possuem capacidades de atenção e consciência suficientes para habilitá-los não apenas a compreender as novas abordagens, mas também a implementá-las <sup>148</sup>.

Para desenvolver tais habilidades, que a prática demonstra não serem possuídas por todos os que se dispõem a atuar em mediação, ele propõe uma possível solução: “mindfulness meditation”, uma técnica de meditação budista que desenvolve a auto-consciência, concentração no presente, senso de equilíbrio, capacidades de empatia e compaixão – todas características desejáveis num mediador, sem falar nos benefícios adicionais para o crescimento pessoal <sup>149</sup>. Ele relata vários programas bastante reconhecidos, no âmbito de Faculdades de Direito (inclusive o Programa de Negociação de Harvard), que já estão oferecendo tais cursos, mas deixa claro que muitas questões devem ser respondidas ao pensar no ensino destas técnicas, tais como: qual a metodologia adequada (simples ensino teórico ou exercícios práticos?); se este conteúdo deve ser obrigatório nos cursos de mediação; se práticas provenientes de outras tradições espirituais ou filosóficas podem substituí-la ou devem ser ensinadas em conjunto; entre outras.

A visão de Riskin é compartilhada por Bowling e Hoffman (2003), que afirmam: “Existem currículos bem desenvolvidos com foco nos dois primeiros estágios do desenvolvimento do mediador – habilidades e teoria – mas não conhecemos qualquer

---

<sup>147</sup> Tradução desta autora.

<sup>148</sup> Tradução desta autora.

<sup>149</sup> Para Riskin, “Mindfulness allows mediators to make better judgments about how the mediation process should work because it enables them to keep a focus on goals and to maintain a moment-to-moment awareness (to be ‘present’ with themselves and others). In addition, a mediator’s presence, especially her degree of calm, can dramatically affect the participant’s moods and conduct.” (Mindfulness: foundational training for dispute resolution. **Journal of Legal Education**. Vol. 54, n. 79, March 2004).

treinamento em mediação que esteja focado no desenvolvimento pessoal.” Para estes autores, “da mesma forma que há diversas abordagens para o treinamento nas áreas de técnicas e teorias sobre mediação, podemos imaginar muitas abordagens possíveis para um treinamento focado no terceiro estágio de desenvolvimento do mediador” (2003, p. 38) <sup>150</sup>. Eles parecem, contudo, acenar de forma contrária à inclusão de tais conteúdos de forma padronizada ou obrigatória nos treinamentos sobre mediação:

As qualidades pessoais que auxiliam a nos tornarmos mediadores melhores não são as mesmas para cada um de nós, nem nossos caminhos para alcançar tais qualidades são os mesmos. [...] Desenvolver estas qualidades é um processo que envolve tempo, propósito e disciplina, e que vem, em nossa visão, não da investigação intelectual ou estudos, mas da experiência. (2003, p. 44) <sup>151</sup>.

Não obstante o valor inegável da experiência em qualquer modalidade de atuação profissional, cabe observar, contudo, que: a) nem todos os profissionais acompanham sua própria experiência de uma reflexão crítica, que potencializaria em grande parte o aprendizado, mas muitas vezes terminam por atuar de forma automática e pouco criativa; b) é sem dúvida verdadeira a afirmação de que há diferentes caminhos para o desenvolvimento pessoal, mas estes podem passar, sobretudo num estágio inicial, pelo conhecimento teórico e treinamentos, para em seguida se refletirem na prática, quando a pessoa se deparar com problemas e necessidades reais. Daí não parecerem desarrazoadas propostas como a de Riskin (desde que isto não ocorra de forma fechada), nem de outros teóricos que vêm atentando para as dimensões espirituais da mediação de conflitos, já que conflitos, para muitos, são nada mais que oportunidades de crescimento pessoal – e isso pode e deve envolver partes e mediadores.

Um dos pontos sobre os quais existe um certo consenso nos EUA diz respeito à não exigência de treinamento formal para mediadores com grande experiência serem credenciados no âmbito de programas de mediação. A mesma linha de pensamento parece se aplicar ao caso dos “notáveis”, isto é, pessoas que gozam de grande prestígio junto às partes e à comunidade e que são escolhidas tanto por sua credibilidade ética quanto por sua autoridade no assunto do conflito. Como aponta Carole Silver (1996, p. 49):

O risco de um notável atuar como terceiro imparcial numa situação em que ele carece da experiência ou do conhecimento necessário para guiar sua conduta, contudo, é relativamente pequeno. A conduta do notável, em

---

<sup>150</sup> Tradução desta autora.

<sup>151</sup> Tradução desta autora.

resolução alternativa de disputas como em geral, é guiada pelo seu intento de preservar e engrandecer sua reputação, tanto no que concerne ao seu papel na resolução de disputas quanto em geral. Esse interesse fará com que o notável se auto-regule e restrinja sua participação a situações em que ele possa se assegurar de que seus serviços sejam apropriados. Em decorrência disso, requerer treinamento específico dos notáveis que atuam como terceiros imparciais em resolução de disputas pode ser desnecessário, já que podemos confiar em que eles vão obter o treinamento necessário para preservar sua reputação nesta área.<sup>152</sup>

Quero concluir transcrevendo as pertinentes observações de Humberto Dalla Bernardina de Pinho acerca do peso que a capacitação tem na atuação do mediador:

Obviamente chegar a um acordo por meio do processo de mediação não é tarefa fácil. Exige tempo, dedicação e preparação adequada do mediador. Seria um erro grave pensar em executar mediações em série, de forma mecanizada, como hoje, infelizmente, se faz com as audiências prévias ou de conciliação, nos juizados especiais e na justiça do trabalho.

A mediação é um trabalho artesanal.

Cada caso é único. Demanda tempo, estudo, análise aprofundada das questões sob os mais diversos ângulos. O mediador deve se inserir no contexto emocional-psicológico do conflito. Deve buscar os interesses por trás das posições externas assumidas, para que possa indicar às partes o possível caminho que elas tanto procuravam. (2009, p. 247-248).

Falar-se em mediação, portanto, pressupõe habilidade e domínio de suas técnicas, o que se obtém, via de regra, mediante capacitação adequada.

#### **4.8.4.3 Supervisão da qualidade e aplicação de penalidades por desvio ético**

A supervisão dos serviços de mediação envolve dois aspectos distintos:

- a) monitoramento da qualidade dos serviços prestados, mediante alguma espécie de avaliação e/ou exigência de treinamento continuado;
- b) monitoramento do cumprimento dos códigos de conduta de mediadores e subsequente aplicação de penalidades quando houver descumprimento.

A par disso, é preciso criar também um sistema de divulgação das informações obtidas mediante os dois sistemas de controle.

Nos EUA, segundo a maioria dos autores que se debruçaram sobre o tema,

[...] há poucas reclamações sobre os serviços de mediação, mas isso pode não indicar a alta qualidade de tais serviços, mas apenas o fato de que as partes frequentemente não estão conscientes de seus direitos ou não são

---

<sup>152</sup> Tradução desta autora.

capazes de avaliar a qualidade da atuação de um mediador devido a uma ausência de conhecimento técnico<sup>153</sup>.

No que tange à aplicação de penalidades por desvio ético na conduta dos mediadores, como lembra McEwen, os sistemas de supervisão administrados por entidades de filiação voluntária são claramente insuficientes, já que “as reclamações tendem a ser pouco frequentes, além de não alcançarem mediadores que não são membros da organização.”<sup>154</sup>

Quanto ao primeiro aspecto (monitoramento da qualidade), existe uma certa clareza quanto à necessidade de avaliar periodicamente o desempenho dos mediadores a fim de assegurar a qualidade dos procedimentos. Dentre os métodos de avaliação da competência de mediadores, como aponta a pesquisadora americana Roselle Wissler,

Há um consenso geral de que avaliações baseadas no desempenho fornecem melhores informações sobre a competência dos mediadores do que outros métodos, como credenciamento, exames escritos, reclamações de usuários e taxas de obtenção de acordos. Há menos consenso, porém, no que diz respeito a como e se as habilidades dos mediadores podem ser medidas de forma confiável. (2004, p. 33)<sup>155</sup>.

No que diz respeito ao formato dessa avaliação de desempenho, existem basicamente dois métodos que vêm sendo utilizados: a) preenchimento de questionários pelos próprios usuários da mediação e seus advogados; b) supervisão da atuação dos mediadores iniciantes em casos reais por mediadores mais experientes, que atuem como capacitadores.

Para Wissler, “usar questionários dos participantes para avaliar o desempenho dos mediadores pode fornecer mais retorno, com maior diversidade e em menos tempo do que ter mediadores experientes observando sessões reais ou simuladas.” (2004, p. 33)<sup>156</sup>. Porém, é preciso indagar, diz ela, se “participantes que não são eles próprios mediadores têm condições de discernir e avaliar de forma significativa as habilidades dos mediadores e se eles podem fazer isso sem serem influenciados pelo desfecho da mediação”. Ela afirma que seu recente estudo empírico sugere que os participantes apresentam, sim, estas condições (2004).

O estudo referido pela autora foi feito num tribunal de segunda instância em uma das jurisdições da Justiça Federal americana (6º. Circuito). O departamento encarregado de administrar a mediação enviou um questionário a todos os advogados que haviam participado de mediações entre setembro de 2000 e fevereiro de 2001, sendo que 405 advogados (61% do

---

<sup>153</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>154</sup> Tradução desta autora.

<sup>155</sup> Tradução desta autora.

<sup>156</sup> Tradução desta autora.

total) os responderam. Nesse período, os cinco mediadores contratados pelo tribunal haviam sido sorteados para atuar nos diferentes casos. Da mesma forma, foi feita uma avaliação do desempenho dos cinco mediadores pela administração do programa e cada um deles também fez uma auto-avaliação, sempre em sete aspectos diferentes. A pesquisadora relata que “as notas atribuídas pelos advogados e pelos administradores do programa revelaram um padrão bastante similar quanto à habilidade dos mediadores. Em contraste, a auto-avaliação dos mediadores produziu um padrão bem diferente”, demonstrando “as limitações de se confiar na auto-avaliação dos mediadores.” (2004, p. 34) <sup>157</sup>.

Não obstante este estudo específico realizado pela autora demonstre um índice bastante alto de participação dos advogados na avaliação, é preciso ressaltar que, na grande maioria dos programas, conforme apurou nossa pesquisa de campo descrita nos apêndices, tanto no Brasil como no exterior, sendo a avaliação da mediação voluntária, é bastante pequeno o percentual de respostas pelos usuários.

Assim, a fim de se confiar nesse tipo de mecanismo, seria necessário estabelecer algum tipo de incentivo para os participantes realizarem a avaliação, ou talvez a obrigatoriedade da avaliação como parte do procedimento. O risco da obrigatoriedade é o preenchimento sabotador por usuários insatisfeitos com a compulsoriedade da avaliação. Para garantir que a avaliação dos usuários seja expressiva em termos de quantidade e séria em termos de qualidade, parece fundamental um trabalho educativo e conscientizador por parte da equipe administradora de cada programa de mediação.

No caso da avaliação da mediação de conflitos que envolvem políticas públicas, o programa do Estado de Maryland, nos EUA, desenvolveu um questionário específico que é exemplar no que diz respeito a esta modalidade de conflito e cuja tradução foi incluída no último capítulo.

Cabe referir, ainda, um exemplo do outro sistema de avaliação, qual seja, o proposto por Dorothy Della Noce, Robert Baruch Bush e outros autores (2008), baseado na avaliação ao vivo da atuação de mediadores iniciantes por mediadores mais experientes encarregados da sua capacitação e monitoramento. Os pesquisadores americanos em questão são partidários da mediação dita transformativa e defendem que a avaliação ao vivo é mais econômica para os

---

<sup>157</sup> Tradução desta autora.



programas e menos invasiva para as partes do que aquela que se baseia na filmagem das sessões, sendo também mais eficiente que a mediação de casos simulados.

Para viabilizar sua proposta, os autores defendem, em primeiro lugar, a necessidade de esclarecer o pressuposto teórico que guiará a avaliação, já que aquilo que é considerado “boa prática” em um determinado modelo não o será em outro (2008, p. 200) <sup>158</sup>. Feito isso, é possível identificar, segundo eles, cinco momentos num procedimento de mediação nos quais “a escolha pelo mediador de seu próximo movimento indica se ele está orientado para os princípios e objetivos da mediação transformativa ou de alguma outra abordagem de mediação.” (2008, p. 202) <sup>159</sup>. Para melhor avaliar cada um destes movimentos, é fundamental, segundo eles, considerar o contexto, já que:

Nenhum movimento do mediador é competente ou incompetente em si mesmo.

A competência de qualquer movimento do mediador depende de:

- definição de sucesso do mediador;
- propósito da intervenção;
- contexto das interações anteriores durante a sessão;
- impacto nas interações seguintes. (2008, p. 205) <sup>160</sup>.

O modelo funciona, então, da seguinte forma:

Na parte 1, o avaliador observa o desempenho do mediador em sessão e analisa suas escolhas em momentos cruciais do procedimento. Na parte 2, o avaliador analisa a compreensão do mediador do quadro teórico em que ele está atuando e sua habilidade para aplicá-lo mediante análise das próprias descrições e explicações do mediador sobre sua prática. Aqui, a voz do próprio mediador é introduzida no processo de avaliação através de uma entrevista entre o avaliador e o mediador. (2008, p. 206) <sup>161</sup>.

Antes dessa entrevista, porém, “o processo requer um período de reflexão tanto para o avaliador quanto para o mediador imediatamente após a conclusão da sessão de mediação.” (2008, p. 207) <sup>162</sup>. Espera-se do avaliador que ele aponte tendências globais para dar um retorno ao mediador, de modo que pontos de menor importância podem e devem ser ignorados. Ao final da entrevista, o avaliador deve fornecer ao mediador indicações de três áreas específicas para maior aprimoramento.

<sup>158</sup> “In fact, there is empirical evidence that the very actions that are defined as ‘good practice’ for mediators oriented to one framework are considered ‘bad practice’ for mediators oriented to a different framework.” (2008, p. 200).

<sup>159</sup> Tradução desta autora.

<sup>160</sup> Tradução desta autora.

<sup>161</sup> Tradução desta autora.

<sup>162</sup> Tradução desta autora.

Os pesquisadores que formularam esta proposta aplicaram a avaliação em questão e compararam seus resultados com outro mecanismo de avaliação com objetivos similares, qual seja, o da filmagem e posterior discussão da sessão de mediação, acompanhado de ensaios auto-reflexivos escritos pelo mediador e entrevista entre este e o avaliador. Segundo eles,

[...] revisores independentes que acompanharam o processo alcançaram conclusões similares (confiabilidade) e os desfechos da avaliação se aproximaram bastante daqueles alcançados mediante o outro processo de avaliação da competência de um mediador transformativo (validação) (2008, p. 209)<sup>163</sup>.

A validade e precisão da proposta parece evidenciada, sendo de se lembrar, porém, que seus custos não podem ser ignorados, de maneira que uma solução razoável seria utilizar esta forma de avaliação ou supervisão apenas para mediadores iniciantes.

Não é possível deixar de lembrar, contudo, que, tão importante quanto a existência de um sistema confiável de avaliação de desempenho de mediadores é a disponibilização desta informação (assim como de informação referente a reclamações por faltas éticas ou disciplinares contra mediadores) para os usuários dos serviços de mediação, combinada ao fato de estes poderem selecionar os mediadores em seus conflitos.

Como pontua Carole Silver,

[...] informações sobre a atuação anterior em outros conflitos precisa estar disponível de forma a criar um mercado de informações sobre mediadores e este mercado de informações precisa estar conectado ao processo de seleção de mediadores. A informação disponível precisa indicar o grau de satisfação das partes e seus advogados com os serviços de mediação [...], incluindo-se a identidade das partes e seus advogados, a natureza do conflito e seu desfecho e o papel do mediador. (1996, p. 73)<sup>164</sup>.

Assim, todas as partes envolvidas na seleção de um mediador teriam acesso ao conteúdo das avaliações anteriores de cada um dos mediadores que pode ser por elas escolhido.

Além disso, sugere ela,

[...] estas informações também poderiam ser disponibilizadas para uma agência independente [...], organizada para receber e filtrar as informações e participar na seleção e certificação de mediadores em cada tipo de conflito. A agência poderia desenvolver uma série de funções ao receber tais informações, incluindo-se programas de treinamento para mediadores, monitoramento de sua atuação, revisão de procedimentos para apurar

---

<sup>163</sup> Tradução desta autora.

<sup>164</sup> Tradução desta autora.

conflitos de interesse e recebimento de reclamações sobre atuação de mediadores. (1996, p. 73)<sup>165</sup>.

Já no que concerne ao segundo aspecto do controle da atuação de mediadores, qual seja, a supervisão do cumprimento das normas éticas, cabe inteira razão a McEwen (2005, p. 8) quando este sustenta não ser possível contar apenas com as reclamações iniciadas por usuários, que muitas vezes inclusive desconhecem quais são as normas de conduta de mediadores. Para ele, é necessário um

[...] forte sistema informal de controle e intervenção pelos próprios pares. [...]. Organizações locais, regionais e nacionais precisam assumir a tarefa de estruturar e apoiar a intervenção informal pelos pares a fim de conversar e trabalhar com os colegas cuja conduta possa gerar questionamentos.<sup>166</sup>

Cabe referir, contudo, que, se a proposta de intervenção informal feita por McEwen parece bastante adequada para os casos de mediadores iniciantes e/ou de violações de pequena gravidade, não se deve descartar, de forma alguma, a instauração de procedimentos disciplinares de ofício quando houver indício de apuração de falta grave ou reiteração de conduta inadequada por parte de algum mediador. Toda forma de intervenção, todavia, depende, por óbvio, de que exista um efetivo monitoramento do que se passa durante as sessões de mediação – tarefa árdua quando presente a confidencialidade e que, sem dúvida, precisa contar com a colaboração das partes. Para isso, portanto, é preciso um sério trabalho educativo a fim de que os usuários da mediação conheçam as regras éticas de conduta de mediadores, mediante cartilhas ou vídeos explicativos, a fim de que estas possam identificar, em seu caso concreto, quando houve eventual conduta inadequada por parte do mediador. No caso dos conflitos envolvendo o Poder Público, em que a confidencialidade é a exceção, e não a regra, esta fiscalização fica sobremaneira facilitada.

De acordo com o projeto de lei brasileiro sobre mediação apresentado e aprovado no Senado, caberá à OAB exercer a fiscalização da conduta dos “mediadores judiciais” (advogados), ao passo que aos Tribunais de Justiça será incumbida a tarefa de fiscalizar os “mediadores extrajudiciais” (demais profissionais capacitados em mediação)<sup>167</sup>. Também atuaria como fiscal, no caso da mediação incidental, o juiz da causa, que poderia afastar o mediador e comunicar a irregularidade por ele praticada à OAB ou ao Tribunal de Justiça, conforme o caso. Não se prevê no texto do projeto, contudo, nenhum mecanismo de avaliação

<sup>165</sup> Tradução desta autora.

<sup>166</sup> Tradução desta autora.

<sup>167</sup> Conforme artigos 18 e 19 do projeto.

de desempenho dos mediadores, quais seriam as penalidades aplicáveis em caso de descumprimento das normas éticas (exceto no caso da imparcialidade e da confidencialidade, cuja violação importaria exclusão) e o procedimento para apuração de sua violação, muito menos de que forma seriam divulgadas as informações decorrentes de eventuais sistemas de controle de qualidade e disciplinar.

O texto do projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro (PLS 166/2010) foi mais adiante neste aspecto, pois, além de prever, como já fazia o PL anterior, o registro de dados relevantes sobre a atuação de mediadores e conciliadores, explicita, ainda que de forma não exaustiva, que informações são reputadas relevantes, bem como estabelece forma de publicidade para tais dados, como se vê em seu artigo 137:

§ 3º. Do registro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de causas de que participou, o sucesso ou o insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como quaisquer outros dados que o tribunal julgar relevantes.

§ 4º. Os dados colhidos na forma do § 3º. serão classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e fins estatísticos, bem como para o fim de avaliação da conciliação, da mediação, dos conciliadores e dos mediadores.

A norma, que depende, por evidente, de uma série de medidas administrativas e opções técnicas para sua adequada concretização, adota dois critérios essenciais, que são a realização de avaliações da efetividade dos processos consensuais e da atuação de seus condutores, e a disponibilização de tais dados para os usuários de tais serviços.

## **V – MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NOS CONFLITOS QUE ENVOLVEM O PODER PÚBLICO EM JUÍZO**

Durante muito tempo, houve quem questionasse a possibilidade jurídica de celebração de acordos ou transações com o propósito de encerrar litígios por parte do Poder Público, seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial.

A par dos questionamentos de ordem jurídica, em que se alegava a indisponibilidade genérica dos interesses públicos, uma outra razão de peso para este entendimento residia (e reside) no posicionamento de vários Tribunais de Contas do país no sentido de que o Poder Público somente poderia realizar qualquer pagamento ao particular em razão de ilícito por ele praticado quando já houvesse decisão condenatória definitiva do Poder Judiciário, inviabilizando, assim, a criação de um procedimento administrativo de apuração da prática de ilícitos pelo ente público que levasse ao cumprimento espontâneo das normas jurídicas de responsabilização do Estado.

A existência concomitante de uma série de dúvidas sobre os critérios válidos para celebração de transações e os agentes públicos competentes para este tipo de decisão, bem assim sobre a natureza e extensão da responsabilidade dos agentes públicos envolvidos na prática de tais atos, aliada a uma cultura jurídico-burocrática que tende a não vislumbrar efeitos jurídicos na omissão de atos administrativos necessários e exigidos pelo ordenamento jurídico, mas apenas nos atos que violem frontalmente regras jurídicas, tradicionalmente fez com que fosse pouco praticada a celebração de acordos em conflitos judiciais ou administrativos em que se vê envolvido o Estado brasileiro, em suas múltiplas facetas.

Há mais de uma década, contudo, este quadro vem se alterando, ao menos no que diz respeito aos conflitos que tramitam em juízo, notadamente em nível federal, onde se destaca uma sequência de iniciativas da Advocacia-Geral da União, mediante a edição de súmulas administrativas deste órgão <sup>168</sup>, cuja consequência é a permissão aos seus integrantes, por exemplo, da não-interposição de recursos em matérias já pacificadas na jurisprudência, seja por razões de economicidade (evitar a incidência de juros adicionais em situações de provável confirmação de condenações pecuniárias da Fazenda Pública), seja por razões de

---

<sup>168</sup> A prática encontra-se prevista no artigo 4º., XII, da Lei Complementar 73/93, que elenca as competências do Advogado-Geral da União: “editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais”.

compromisso com o Estado de Direito (evitar a dilação da provável decisão final favorável à parte contrária), bem como por razões de cooperação entre os Poderes (colaborar para aliviar a sobrecarga de processos envolvendo entes públicos que caracteriza os diversos órgãos judiciais)<sup>169</sup>.

Ao mesmo tempo, uma série de normas federais vem autorizando e definindo autoridades competentes para a celebração de acordos, de conformidade com o montante pecuniário envolvido no litígio, assim como, por razões de economicidade, definindo o valor mínimo que deve estar envolvido no litígio para que se justifique a propositura de uma ação judicial<sup>170</sup>.

Além disso, a instituição legal de Juizados Especiais – que, como se sabe, são entes jurisdicionais com rito procedimental próprio, preponderantemente voltado à solução de litígios pela via consensual – com competência para processar e julgar conflitos envolvendo a Fazenda Pública (primeiro a federal, conforme a Lei 10.259, de 2001, e, bem mais recentemente, a Estadual e a Municipal, consoante a Lei 12.153, de 22 de dezembro de 2009), veio a espantar as dúvidas genéricas sobre a possibilidade de entes públicos realizarem transações em juízo, subsistindo, porém, algumas dúvidas sobre a possibilidade de transação em categorias específicas de litígios.

A distinção mais comum nessa matéria, no plano doutrinário, é a que se faz entre “direitos disponíveis”, que seriam aqueles de cunho eminentemente patrimonial, correspondendo ao chamado “interesse público secundário” da Administração Pública, e “direitos indisponíveis”, que seriam aqueles atinentes, por exemplo, ao exercício do poder de polícia da Administração Pública ou, ainda, os vinculados à proteção do “interesse público primário” em geral, os quais também podem ser vistos como todos aqueles poderes que afetem, em maior ou menor medida, direitos fundamentais, seja limitando-os (pelo poder de polícia), seja realizando-os (mediante o poder de polícia, que limita direitos de alguns em benefício de direitos de outros, ou mediante a prestação de serviços públicos).

---

<sup>169</sup> Registre-se que as Súmulas da AGU não se destinam apenas, como no exemplo aqui referido, a orientar a atuação de seus integrantes na esfera judicial, mas também a orientar a atuação de entes públicos no sentido do cumprimento das normas jurídicas que vinculam a ação do Estado.

<sup>170</sup> A Lei 9.469, de 10 de julho de 1997, regulamenta a previsão do artigo 4º., VI, da Lei Complementar 73, de 10 de fevereiro de 1993, que incluiu entre as atribuições do Advogado-Geral da União a celebração de acordos em juízo.

Na primeira categoria (conflitos envolvendo “direitos disponíveis”), pode-se enquadrar, sem muita dificuldade, os conflitos de natureza tributária, os conflitos envolvendo pagamento de indenização por parte do Estado ou do particular (seja em ação de reparação de danos, seja em desapropriação), os conflitos decorrentes de relações contratuais privadas nas quais se vê envolvido o Estado (compras de bens e serviços em geral, não contratos administrativos, como os celebrados com concessionárias de serviços públicos) ou, ainda, aqueles decorrentes da atuação direta do Estado na esfera econômica, que ele desenvolve, de ordinário, por meio de empresas públicas ou sociedades de economia mista (muito embora este tipo de entidade da Administração indireta também possa, como se sabe, ser utilizado para a prestação de serviços públicos).

Na segunda categoria (conflitos envolvendo “direitos indisponíveis”), parece ser possível enquadrar todos aqueles decorrentes do chamado “poder de polícia”, seja o exercido mediante licenciamento ou autorização de atividades que possuam elevado grau de risco de danos aos seus clientes ou à população em geral (o que envolve, por exemplo, desde o licenciamento ambiental de atividades potencialmente poluidoras e a expedição de “alvará de incêndio” pelo Corpo de Bombeiros para um estabelecimento industrial ou comercial até o licenciamento de profissões regulamentadas – como a advocacia, a medicina ou a enfermagem – ou, ainda, a autorização para funcionamento de instituições de ensino, de estabelecimentos hospitalares ou instituições financeiras, entre tantas outras), abrangendo a subsequente fiscalização de atividades licenciadas ou autorizadas, seja o exercido mediante simples normatização e fiscalização, que não envolve um licenciamento ou autorização prévia (como a elaboração e supervisão do cumprimento das normas de proteção do consumidor, de segurança do trabalho, de previdência social, de proteção dos portadores de deficiência ou dos idosos, entre outras). Também parecem estar nela enquadrados os conflitos decorrentes da prestação de serviços públicos, seja diretamente pelo Estado (como é regra no caso da Segurança Pública, por exemplo, e como é comum no caso da saúde e da educação, entre outros), seja mediante concessionárias de serviços públicos (como é comum na área de transportes, saneamento, energia elétrica e telecomunicações).

Se não existe dúvida, porém, quanto à natureza indisponível dos direitos protegidos pelo exercício do poder de polícia ou pela prestação de serviços públicos pelo Estado ou seus concessionários, a mencionada suposição ou entendimento de que indisponibilidade leva necessariamente à intransigibilidade não encontra respaldo em nosso ordenamento jurídico.

Dois exemplos clássicos podem ser dados nesse sentido: o primeiro empresto de Rodolfo Mancuso (2004), quando ele lembra que o direito a alimentos, associado que está à sobrevivência e, portanto, ao próprio direito à vida, mesmo sendo indisponível, sempre foi objeto de transações entre o alimentando e o alimentante; o segundo busco em Freitas (2009, p. 194), quando este lembra que os direitos trabalhistas, associados que estão à sobrevivência, à saúde e à segurança do trabalhador e de sua família, nem por serem indisponíveis, jamais foram tidos como inegociáveis <sup>171</sup>, pois é sabido que a conciliação sempre foi a tônica do procedimento de resolução de conflitos trabalhistas no Brasil.

Para que não se alegue, porém, com esopeque, por exemplo, na legislação dos Juizados Especiais, que a transação somente seria possível no âmbito de processos individuais, a possibilidade de transação no âmbito dos processos coletivos que envolvem direitos indisponíveis não poderia ser mais evidente, já que está é permitida inclusive em fase pré-processual, independentemente, portanto, de qualquer controle do Judiciário a respeito, como prevê a Lei da Ação Civil Pública, no exemplo também muito bem lembrado por Mancuso (2004) <sup>172</sup>.

Para este autor (2004),

Ademais, a radical e genérica negativa de conciliação nas causas envolvendo o Poder Público ainda atritaria o princípio da *igualdade das partes* no processo (artigo 125, I, CPC), que é de extração constitucional (artigo 5º., *caput*), e inclui tanto a *paridade de armas* como o livre acesso às diversas opções processuais, porque então se estaria *excluindo* a Administração da virtualidade da conciliação, faculdade todavia ofertada às *demais* partes, num evidente tratamento discriminatório. Sob outro viés, por aí se configuraria uma *desequiparação ilegítima*, negando-se à Administração a possibilidade de ao menos avaliar, segundo seus critérios, se a solução negociada consultaria ao seu interesse <sup>173</sup>.

Estabelecida a possibilidade genérica de conciliação em processos judiciais, cabe agora analisar brevemente as peculiaridades de processos individuais e coletivos.

<sup>171</sup> Para Freitas, “é necessária uma aproximação adicional para distinguir indisponibilidade de direito da composição consensual de uma pauta para seu exercício.” (2009, p. 194).

<sup>172</sup> Lei 7.347/85, artigo 5º., § 6º., cf. Lei 8.078/90. Outro exemplo lembrado por Mancuso é o das ações envolvendo danos ao ecossistema na zona costeira, nas quais também está prevista em lei (artigo 7º., parágrafo único, da Lei 7.661/98) a possibilidade de conciliação. No mesmo sentido da plena admissão da transigibilidade de direitos indisponíveis o ensinamento de Nelson Nery Júnior (**Código de Processo Civil comentado**. 7. ed. São Paulo: RT, 2003. Nota 6 ao artigo 331 do CPC).

<sup>173</sup> Destaques no texto original.



## **5.1 Processos individuais**

Muito embora o enfoque principal desta tese seja a utilização dos meios consensuais para a resolução de conflitos coletivos, cabe analisar, em um primeiro momento, o emprego de tais meios no que se refere aos conflitos individuais, já que esta utilização não se dá de forma pacífica nem generalizada, consistindo antes a exceção do que a regra quando se pensa em conflitos envolvendo entes públicos. A grande exceção são os conflitos de competência dos juizados especiais, por onde se começa a análise, para em seguida descrever os mecanismos existentes para utilização de tais métodos no procedimento ordinário e nos procedimentos especiais envolvendo o Poder Público.

### **5.1.1 Processos de competência dos juizados especiais**

No caso dos processos de competência dos juizados especiais, como se sabe, a tentativa de obtenção de uma solução consensual é um dos traços tipificadores do rito especial que neles se desenrola.

Seja por prestígio à melhor doutrina acerca da necessidade de garantir a máxima liberdade às partes que ali contendem no sentido de avaliarem se é de seu interesse firmar um eventual acordo em juízo, seja para desfrutar da imensa economia financeira propiciada pela utilização nesta atividade de terceiros voluntários ou que percebem uma remuneração simbólica, multiplicando assim exponencialmente a capacidade do Judiciário de atender à enorme demanda que se verifica neste tipo de litígio e barateando os custos para a população usuária, a legislação que disciplina o assunto sempre permitiu a separação das atribuições do conciliador e do julgador, de forma que a conciliação pudesse ser exercida por pessoa distinta do juiz togado. Assim foi feito tanto pela Lei 9.099/95 (artigo 22), que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Estadual, quanto pela Lei 10.259/2001 (artigo 18), que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, e, mais recentemente, também pela Lei 12.153/2009, que institucionalizou os Juizados Especiais encarregados de processar e julgar litígios de pequeno valor envolvendo a Fazenda Pública Estadual e Municipal <sup>174</sup>. Enquanto, porém, esta última lei (artigo 15), assim como a Lei

---

<sup>174</sup> Aliás, já a Lei n. 7.244, de 7.11.1984, que instituiu o Juizado Especial de Pequenas Causas, também previa a figura do conciliador, estipulando (artigo 22) que a conciliação poderia ser feita pelo juiz ou pelo conciliador.

9.099/95 (artigo 7º.), previram também a figura do juiz leigo, cujas atribuições envolvem, basicamente, a instrução do feito e a prolação de uma sentença que deve ser confirmada pelo juiz togado, a Lei dos Juizados Especiais Federais não a previu, levando a crer que instrução e julgamento são atribuições exclusivas do juiz togado.

Debrucemo-nos, porém, sobre as atribuições do conciliador, que concernem mais diretamente à temática deste trabalho. Cardoso, em seus comentários à nova legislação dos Juizados da Fazenda Pública (2010, p. 174 e ss.), chama a atenção para a controvérsia havida no âmbito dos Juizados Especiais Federais acerca da possibilidade de que o conciliador realizasse atos instrutórios, que viera a ser prevista em normas do Conselho da Justiça Federal e do Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª. Região. O Conselho Nacional de Justiça, no Procedimento de Controle Administrativo nº. 453, veio a decidir que tal procedimento era ilegal, mas agora o artigo 26 da Lei 12.153/2009 estabeleceu claramente que a possibilidade de o conciliador realizar atos instrutórios (nomeadamente a colheita do depoimento das partes e a oitiva de testemunhas), prevista no artigo 16 da mesma lei, se estende também aos Juizados Especiais Federais.

A previsão faz sentido, à medida em que o esclarecimento de pontos fáticos envolvidos na controvérsia, muitas vezes, contribui para a realização da conciliação, de maneira que, se o conciliador for pessoa com maior prática em conciliação que o juiz togado (como costuma ocorrer), sua tarefa vem a ser facilitada com esta possibilidade.

Duas observações são necessárias acerca da atividade de conciliação nos Juizados Especiais, uma de ordem prática e outra de ordem normativa e prática. A primeira, de ordem prática, é a seguinte: a legislação previu que a conciliação fosse realizada por Bachareis em Direito; tem sido, porém, comum que a conciliação, notadamente no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais, seja realizada por estudantes de Direito, muitas vezes sem qualquer treinamento a respeito – o que vem a tornar inócua ou até prejudicial a previsão de uma audiência destinada apenas à tentativa de conciliação, gerando, ao invés de incremento na celeridade e qualidade da prestação jurisdicional, uma delonga desnecessária e desperdício de recursos do Judiciário e das partes, que são obrigadas a comparecer pessoalmente para um ato processual improdutivo. Espera-se que o mesmo problema não venha a ocorrer nos recém-criados Juizados da Fazenda Pública, que também se inserem na estrutura da Justiça Estadual

e que contam com a dificuldade adicional de a maioria dos advogados públicos serem pouco familiarizados com a realização de conciliação.

A segunda observação, diretamente relacionada à primeira, diz respeito à falta de previsão normativa (e, de consequência, como regra, falta de implementação prática) de que os conciliadores recebam ao menos o devido treinamento em conciliação. O exercício das funções, no âmbito da Lei 10.259, já é necessariamente gratuito, sendo que costuma sê-lo também na esfera da Justiça Estadual. Entretanto, além disso, os órgãos jurisdicionais em questão, via de regra, não oferecem qualquer treinamento em técnicas de conciliação, com sérios prejuízos à qualidade e aos objetivos da audiência de conciliação, como já apontado.

Um dos grandes méritos da Lei dos Juizados Especiais Federais foi dispor de forma clara acerca da competência dos representantes judiciais de entes federais para celebrar acordos nos processos de competência de tais órgãos, como se vê no artigo 10, *verbis*:

Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais [...] ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais.

Tal regra foi devidamente regulamentada pelo Decreto 4.250, de 2002, e pela Portaria AGU n. 109, de 2007, que, de forma inédita, trouxeram critérios claros para a celebração de transações, como se verá no item 5.3.1, mais adiante.

Regra similar à da Lei dos Juizados Especiais Federais, porém em redação que definitivamente a torna suscetível de limitações, consta da nova Lei dos Juizados da Fazenda Pública:

Artigo 8º. Os representantes judiciais dos réus presentes à audiência poderão conciliar, transigir ou desistir nos processos da competência dos Juizados Especiais, **nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação.** (grifei)

É interessante observar que a menção nos dois dispositivos a poderes para “desistir” em ações nas quais entes públicos somente podem ser réus é uma deficiência técnica já presente na Lei 10.259/2001, que lamentavelmente foi mantida pela Lei 12.153/2009 e que só faz sentido se adotada a interpretação que sugere Jefferson Guedes (2009, p. 258):

Como a União e seus entes não são partes ativas no JEF, só se pode considerar a expressão *desistir* do seguinte modo: a) concordância com a desistência ou renúncia a direito do autor; b) possibilidade da União reconhecer direito.

É evidente que a mera autorização normativa não resolve os problemas administrativos internos com que se deparam os advogados públicos, já que estes não possuem, tal como os membros do Ministério Público e da magistratura, autonomia funcional. O fato de ser válida processualmente ou perante o juízo a celebração do acordo definitivamente não implica que este ato seja aceito da mesma forma dentro da instituição à qual pertence o advogado público, a qual pode (e deve) definir regras internas próprias para identificar os casos em que deve ocorrer a celebração de acordos. Como se discorrerá mais adiante, a pesquisa identificou bem poucas normas administrativas de órgãos da advocacia pública federal que dispusessem claramente sobre estes critérios, em especial quando se tratar de situações de fato controvertidas, e não simplesmente de situações em que está evidente o risco de sucumbência do ente público. É de Guedes (2009, p. 252) a observação:

Amparo legal para a transação e acordos existe, esbarrando o seu pleno exercício na insegurança pelo baixo nível de regulamentação disponível e pelo isolamento do profissional encarregado do ato, que muitas vezes é somente o advogado público que atua no processo naquele momento.

Se, contudo, apesar de todas as dificuldades institucionais existentes, felizmente, tem ocorrido a celebração de acordos na esfera previdenciária em grande medida nos Juizados Especiais Federais, isto tem ocorrido graças a uma postura firme do Judiciário federal ao exigir de advogados públicos federais a utilização da prerrogativa prevista na lei. Além disso, ao que parece, a Procuradoria-Geral Federal, órgão integrante da Advocacia-Geral da União que reúne as diversas Procuradorias especializadas na representação judicial e consultoria jurídica de autarquias e fundações federais, tem desenvolvido, no âmbito da Procuradoria do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), costumeira parte passiva nas ações de competência dos Juizados Especiais Federais, uma atuação institucional consistente para delimitar, em conjunto com órgãos técnicos da autarquia, critérios seguros para a celebração de acordos. É o que se lê de notícia recém-divulgada no sítio da Advocacia-Geral da União:

Entre os dias 2 e 13 de agosto, a Procuradoria Seccional Federal de Sobral/CE (PSF/Sobral) da Procuradoria-Geral Federal (PGF) obteve, durante o mutirão de conciliação realizado em conjunto no Juizado Especial Federal daquele município cearense, 87,6% de acordos nos 919 processos previdenciários e assistenciais analisados.

[...]

A participação da PFE/INSS e das PSFs/PGF em Mutirões de Conciliação compreende não apenas a ação direta nas audiências dos Procuradores Federais e servidores do INSS – que atuam como prepostos (representantes) do Instituto em Juízo –, mas também a realização de **estudo prévio dos processos judiciais a serem instruídos e julgados nesses eventos**. Para a

correta análise de cada caso concreto, é necessária a juntada prévia do processo administrativo que indeferiu o benefício previdenciário ou assistencial vindicado e a análise dos dados do autor junto à Previdência Social.

Os principais beneficiados com a resolução consensual das lides previdenciárias e assistenciais são os segurados do RGPS e os desamparados sociais, que recebem o benefício postulado em menor tempo. De outra parte, a conciliação também traz ganhos para o erário previdenciário, que economiza recursos deixando de pagar juros, custas processuais e honorários advocatícios. (grifei) <sup>175</sup>.

Verifica-se assim como: a) é necessária prévia análise de cada caso concreto por parte dos órgãos da Advocacia Pública federal que representam o ente público em juízo; b) é necessária a cooperação da área técnica do ente público em questão, fornecendo informações fáticas imprescindíveis para a análise; c) os benefícios decorrentes da prática são evidentes, acelerando a tutela do direito do cidadão em concreto, por um lado, e gerando economia de recursos aos cofres públicos, com vantagens para toda a coletividade, por outro.

Em outra notícia divulgada dias antes no mesmo sítio, faz-se menção a acordos celebrados na jurisdição do TRF da 1ª. Região, sediado em Brasília, ao longo dos sete primeiros meses de 2010, nos quais se esclarecem os critérios utilizados para a celebração de acordos, bem assim a economia de recursos gerada aos cofres do INSS:

A Advocacia-Geral da União (AGU), por intermédio da Procuradoria-Regional Federal da 1ª. Região, economizou R\$ 3.000.013,08 (três milhões e treze reais e oito centavos) aos cofres do INSS em acordos celebrados no período de 18.12.2009 a 30.07.2010, em aproximadamente 200 processos sobre concessão ou revisão de benefícios previdenciários, principalmente aposentadoria por idade rural, aposentadoria por invalidez e auxílio-doença.

[...]

Em regra, **os acordos são celebrados, em matéria de direito, quando há súmula da AGU autorizando a avença e, nas matérias fáticas, quando o segurado preenche os requisitos para a percepção do benefício**, nos termos da legislação previdenciária e orientações da Procuradoria Federal Especializada do INSS. (grifei) <sup>176</sup>.

Apesar de a prática trazer grande relento aos segurados do INSS, não se pode deixar de observar o quão ficam evidentes as falhas existentes na estrutura interna da autarquia, que fazem com que grande número de litígios cheguem desnecessariamente aos Juizados. Tratarei

---

<sup>175</sup>Fonte:

[http://www.agu.gov.br/Sistemas/Site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=149000&id\\_site=1116](http://www.agu.gov.br/Sistemas/Site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=149000&id_site=1116)  
Data da publicação: 26.8.2010. Acesso em 29.8.2010.

<sup>176</sup> Fonte: [http://www.agu.gov.br/Sistemas/Site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=148812&id\\_site=838](http://www.agu.gov.br/Sistemas/Site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=148812&id_site=838)  
Data da publicação: 18.8.2010. Acesso em 29.8.2010.

disso no tópico seguinte, ao abordar o potencial da mediação ou conciliação na esfera administrativa.

### 5.1.2 Procedimento ordinário

Ainda antes do advento da primeira Lei dos Juizados Especiais, na esteira do que já dispunha a Lei dos Juizados de Pequenas Causas desde 1984, o Código de Processo Civil (CPC) já havia sido alterado (artigo 331) pela Lei 8.952/94, para instituir-se uma audiência preliminar de conciliação, sempre que, não sendo caso de julgamento antecipado da lide, “a causa versar sobre direitos disponíveis”.

O mesmo dispositivo foi novamente alterado pela Lei 10.444, de 7.5.2002, justamente para excluir a menção a “direitos disponíveis”, substituindo-se a expressão por “direitos que admitam transação”, o que deixa claro que, na nova sistemática, **a indisponibilidade não leva à impossibilidade de transação**. Somente não se compreende por que razão a utilização da conciliação, que visa uma tutela mais efetiva do direito material, fica condicionada a uma situação processual contingente, qual seja, a de não ser o caso de julgamento antecipado da lide...

Dáí a importância da regra do artigo 277 do CPC, que, da mesma forma, foi alterado pela Lei 9.245, de 26.12.1995, para determinar que, **no despacho inicial, seja designada audiência de conciliação no prazo de 30 dias**, bem como para permitir que, nesse mister, **seja o juiz auxiliado por conciliador** (parágrafo 1º.) – prática que, no entanto e infelizmente, é de rara ocorrência no processo civil ordinário, seja na Justiça estadual comum, seja na Justiça federal comum.

É interessante observar que a redação de diferentes dispositivos do CPC sobre o mesmo assunto (conciliação em audiência preliminar), quais sejam, o parágrafo 1º. do artigo 277 e o parágrafo 1º. do citado artigo 331, determina, de forma uníssona, que o acordo realizado em audiência seja formalizado por escrito e homologado por sentença, dando às partes, assim, a cobertura da coisa julgada material.

É importante ainda ressaltar que a possibilidade de transação entre as partes, por evidente, não fica restrita a este momento processual específico, sendo possível em qualquer

fase do processo, cabendo sempre a homologação por sentença, que é uma sentença de mérito, nos termos do artigo 269, III, do CPC.

Este ponto é relevante porque a conclusão da instrução pode favorecer a ocorrência de transação, na medida em que fiquem esclarecidos os pontos de fato controvertidos. Considerando que, no procedimento ordinário, não existe dúvida de que a instrução somente pode ser presidida por juiz togado, é de todo conveniente admitir a possibilidade de transação após a instrução ou em qualquer momento posterior.

Cabe registrar, neste sentido, que diversos tribunais brasileiros, seja no âmbito da Justiça Estadual, seja no âmbito da Justiça Federal ou da Justiça do Trabalho, têm estabelecido programas de conciliação na segunda instância, obtendo-se índices bastante significativos de sucesso – o que demonstra claramente a viabilidade da conciliação inclusive após a sentença.

Todas estas regras se aplicam, sem qualquer ressalva, aos processos em que forem partes entes públicos.

Por que razão, então, é tão pouco praticada a conciliação nos processos envolvendo a Fazenda Pública?

O fenômeno possui, naturalmente, diversos fatores na sua gênese, alguns de ordem normativa, outros de ordem cultural, outros ainda de ordem institucional ou administrativa. Dele tratarei no item 5.4.

### **5.1.3 Procedimentos especiais envolvendo a Fazenda Pública**

É interessante notar que, se no procedimento ordinário, assim como em alguns procedimentos especiais aplicáveis a lides entre particulares (ação de alimentos, por exemplo), existe a previsão de momento próprio para a tentativa de conciliação, com exceção dos processos de competência dos Juizados Especiais, já referidos, não existe qualquer regra do gênero nos demais procedimentos em que uma das partes necessariamente é a Fazenda Pública, como o mandado de segurança (cuja legislação em vigor é recentíssima – Lei 12.016, de 2009) ou os embargos à execução fiscal (Lei 6.830, de 1980).

Tendo em vista, de um lado, a pouquíssima utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pelo Poder Público na esfera administrativa (muito embora já

autorizada a transação pela legislação em diversas hipóteses, notadamente no que tange ao exercício do poder de polícia), de outro, na esfera judicial, a ausência ou insuficiência generalizada (com raras e honrosas exceções) de leis e normas administrativas que autorizem e disciplinem de forma clara a transação no âmbito dos órgãos da Advocacia Pública em nosso país, assim como de uma prática reiterada nesse sentido, possivelmente, a **previsão legal expressa de possibilidade de conciliação nos procedimentos especiais que envolvem entes públicos** seria um dos fatores com grande potencial de contribuição para a sua difusão.

## 5.2 Processos coletivos

Como já ficou assentado anteriormente, o processo coletivo é o instrumento ideal para a busca de uma solução em juízo para conflitos que envolvem políticas públicas, seja com a finalidade de garantir o acesso à justiça da forma mais ampla possível, seja com o propósito de garantir o respeito ao princípio da isonomia, evitando-se a proliferação de decisões díspares sobre o mesmo assunto.

Também aqui, dada a complexidade normalmente envolvida na ponderação de questões técnicas e jurídicas, como a potencial colisão de direitos fundamentais e o grande universo de informações e opiniões, de natureza técnica ou valorativa, sobre o assunto, parece que o caminho mais frutífero para buscar uma efetiva solução para o problema (e não apenas uma solução formal acobertada pela coisa julgada) é a utilização da conciliação ou da mediação.

Não obstante a existência de respeitáveis opiniões em contrário <sup>177</sup>, esta possibilidade já existe em nosso ordenamento, como assevera, entre outros, Édis Milaré (2002, p. 201), com base no próprio artigo 5º., § 6º., da Lei 7.347:

---

<sup>177</sup> Neste diapasão, Antonio Gidi afirma: “Não dá para confundir ‘acordo coletivo adequado’ com o ‘termo de ajustamento de conduta’. Uma diferença fundamental é que o termo de ajustamento de conduta poderá ser realizado extrajudicialmente, sem qualquer controle judicial, enquanto o acordo exige instauração de processo, amadurecimento da controvérsia, notificação ao grupo, audiência e participação dos interessados e controle e aprovação judicial. Enquanto o primeiro tem eficácia de título executivo extrajudicial e não vincula o grupo, o segundo forma um título executivo judicial e vincula o grupo.” (2008, p. 273). Muito embora ele defenda a possibilidade de realização de tais acordos, entende que ainda não é permitida pelo ordenamento, quando, mais adiante, assevera: “o direito brasileiro não comporta a realização de acordos coletivos, simplesmente porque não assegura um instrumento eficiente, através do qual o juiz possa controlar a adequação dos termos do acordo, em face dos interesses do grupo.” (2008, p. 279). Há ainda quem entenda que a transação em processos coletivos não é nem deve ser permitida, como Teori Zavascki, para quem o “legitimado coletivo”, na condição de



Com efeito, apesar de a norma referir-se a ajuste extrajudicial (realizado no inquérito civil ou em procedimento avulso, sem homologação judicial), nada obsta seja efetivado também em juízo (realizado no processo ou levado em procedimento avulso à homologação judicial).<sup>178</sup>

No mesmo compasso a lição de Mancuso (2002, p. 251): “a impossibilidade de transação, antes dada como regra na ação civil pública, tende com o tempo a tornar-se excepcional, ou seja, imperando somente quando venha expressamente prevista, como se dá na ação civil pública em matéria de improbidade administrativa.”

Registre-se, por fim, que o Projeto de Lei 5139, de 2009, que visava promulgar nova Lei da Ação Civil Pública<sup>179</sup>, contemplava expressamente (substitutivo de 15.9.2009) tanto a tentativa obrigatória de conciliação quanto a utilização facultativa da mediação nesta modalidade de conflito, conforme será explicitado no último capítulo, no qual abordarei a forma de viabilizar a solução consensual em conflitos coletivos.

### 5.3 Quadro normativo em nível federal

No plano normativo, irei enfrentar o tema apenas em nível federal, onde, via de regra, tem havido um movimento claro, nos últimos anos, de busca de maior eficiência no que diz respeito à gestão dos litígios judiciais em que se vê envolvida a União e outros entes federais, como foi inicialmente apontado. Se é perfeitamente possível (e provável) que tendências semelhantes existam em nível estadual, o fato é que a realidade estadual como um todo é muito mais heterogênea e um aprofundamento nela não foi possível no decorrer da pesquisa.

A primeira norma pertinente a respeito é a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, Lei Complementar 73, de 10.2.1993, cujo artigo 4º. inclui entre as atribuições do Advogado-Geral da União: “VI – desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse

---

substituto processual que ostenta, não pode “praticar ato algum que, direta ou indiretamente, importe disposição do direito material, que não lhe pertence” (2007, p. 78-79).

<sup>178</sup> No mesmo sentido, Hugo Nigro Mazzili: “se podem ser feitos esses compromissos extrajudiciais, com maior razão podem ser realizados em juízo.” (A defesa dos interesses difusos em juízo. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 158) e Fernando Grella Vieira: “Embora a norma, em sua literalidade, refira-se ao ajuste extrajudicial, autoriza, obviamente, a sua realização em juízo que, de resto, será inafastável se estiver em curso a ação civil pública.” (2002, p. 270). Ademais, ressalta ele, “Já se aceitava – mesmo ausente previsão legal específica – a possibilidade de transação, especialmente estando em andamento a ação civil pública.” (2002, p. 268).

<sup>179</sup> O projeto de lei em questão veio a ser rejeitado e arquivado, mas entre os fundamentos da rejeição não se incluiu em nenhum momento a previsão de utilização ampla dos meios consensuais.

da União, nos termos da legislação vigente”. O parágrafo 3º. do mesmo artigo dispõe que esta atribuição pode ser delegada ao Procurador-Geral da União.

A regra em questão veio a ser detalhada pela Lei 9.469, de 10.7.1997, que por sua vez foi regulamentada pelo Decreto 2.346, de 10.10.1997, pela Portaria 990, de 2009, da AGU, alterada pelas Portarias 1156, de 2009, e 1172, de 2010, também da AGU, bem assim pela Ordem de Serviço 13, de 9 de outubro de 2009, pela Portaria 915, de 2009, da Procuradoria-Geral Federal, e pela Portaria 283, de 2008, do Ministério da Fazenda. O assunto também se encontra disciplinado pela Lei 10.522, de 2002, na esfera tributária, e pela Lei 8.213, de 1991, em matéria previdenciária, sendo que o artigo 7º.-A da Lei 9.469 estabelece claramente que as regras setoriais se aplicam “concorrentemente” à regra geral.

Boa parte das normas em questão limitam-se a estabelecer valores de alçada e definir autoridades competentes para autorizar a celebração de acordos, não explicitando, porém, os critérios para a prática do ato. Quando estipulam critérios, o fazem apenas em matéria de direito, como se verá.

### **5.3.1 Ações em que a União ou outros entes federais estão no polo passivo ou estão no polo ativo sem realizarem a cobrança de um crédito**

Em sua redação original, a Lei 9.469 permitia apenas ao Advogado-Geral da União ou aos dirigentes máximos das autarquias, fundações e empresas públicas federais a autorização para a realização de “acordos ou transações em juízo”, limitada esta competência aos litígios cujo valor envolvido fosse de até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). O dispositivo da Lei 9.469 teve sua redação alterada Lei 11.941, de 2009, em quatro aspectos: a) primeiro, excluiu-se desta competência os dirigentes máximos de autarquias e fundações federais; b) sob o ponto de vista material, excluiu-se a possibilidade de transação nas “causas relativas ao patrimônio imobiliário da União”; c) abriu-se a **possibilidade de delegação desta competência**, que até então era possível somente para o Procurador-Geral da União <sup>180</sup>; d) aumentou-se o valor máximo envolvido de R\$ 50.000,00 para R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

---

<sup>180</sup> Note-se que a Portaria AGU 990 efetivamente fez a referida delegação para o Procurador-Geral Federal no que diz respeito às competências previstas no artigo 1º.-A da Lei 9.469, que se aplicam às ações em que autarquias e fundações federais sejam credoras, admitindo inclusive a subdelegação, o que foi efetivamente realizado pela Portaria PGF 915, de 2009.

A primeira exclusão parece ser explicada pelo fato de a autorização dos dirigentes máximos de autarquias e fundações federais parecer descabida se o Presidente da República tampouco precisa autorizar a celebração de acordos de mesmo montante quando a parte é a União. Ademais, esclareça-se que os Procuradores-Gerais de tais entidades (com exceção do Banco Central do Brasil) se subordinam ao Procurador-Geral Federal, que, por seu turno, está subordinado ao Advogado-Geral da União, sob a legislação em vigor. Quanto ao Banco Central do Brasil (BACEN), seus advogados integram carreira própria, a Procuradoria Geral do Banco Central do Brasil, a qual, assim como a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional <sup>181</sup>, não se subordina administrativamente à Advocacia-Geral da União, e sim à própria autarquia (não obstante a ocorrência cada vez mais comum de ações de cooperação administrativa entre as quatro carreiras). Quanto à segunda alteração, qual seja, exclusão da possibilidade de transação nas “causas relativas ao patrimônio imobiliário da União” seja qual for o valor envolvido, a regra parece ter promovido autêntico retrocesso, razão pela qual ela veio a ser revogada pela Medida Provisória 496, de 23.7.2010, que foi prorrogada em 24.9.2010 (e ainda está em seu prazo de vigência da prorrogação até 24.11.2010).

A possibilidade de delegação parece de todo conveniente do ponto de vista administrativo numa instituição com milhares de membros, espalhados por todo o território nacional e, por fim, a alteração do valor, se por um lado era necessária após onze anos, de outro, pode vir a facilitar a celebração de acordos nos litígios judiciais envolvendo a União. Até agora, o Advogado-Geral da União operou esta delegação no que se refere às ações em que atua a Secretaria-Geral de Contencioso (órgão que exerce a representação judicial da União perante o STF) <sup>182</sup>, as ações em que atua a Procuradoria-Geral da União (órgão que exerce a representação judicial da União, exceto no STF) e aquelas em que atua a Procuradoria-Geral Federal (estas duas últimas com previsão no artigo 2º. da Portaria), bem como ao Procurador-Geral do Banco Central do Brasil (Portaria AGU 1.397, de 16 de setembro de 2010) <sup>183</sup>, no que toca às ações em que o BACEN é parte, sendo de todo recomendável que seja realizada delegação similar, de forma simétrica, ao Procurador-Geral

---

<sup>181</sup> Muito embora a Lei Complementar 73/93, em dispositivos não revogados, tenha incluído a carreira de Procurador da Fazenda Nacional no âmbito da Advocacia-Geral da União (vide artigos 2º., 8º. e 20), segundo o artigo 12 da mesma lei, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional se insere na estrutura administrativa do Ministério da Fazenda.

<sup>182</sup> Conforme artigo 1º. da Portaria AGU 990, de 16 de julho de 2009, que delega a mesma competência ao Advogado-Geral da União Substituto.

<sup>183</sup> No caso das ações em que o Banco Central for parte, a delegação efetuada pela referida Portaria não abrange as ações em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal.

da Fazenda Nacional. As duas Portarias da AGU referidas (990 e 1397) admitem a subdelegação, sendo que, no caso da Procuradoria-Geral da União, esta subdelegação de fato ocorreu, nos termos da Ordem de Serviço nº. 13, de 2009, que permite, de acordo com o valor envolvido, a realização de acordos até mesmo por decisão singular do Advogado da União atuante no caso<sup>184</sup>.

Nas causas cujo valor superar os R\$ 500.000,00, é necessária, na nova redação dada pela Lei 11.941, além da autorização do Ministro de Estado ou titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto (o que passou a valer mesmo no caso das ações envolvendo empresas públicas, fundações ou o Banco Central do Brasil, cujas transações, na redação original da norma, poderiam ser aprovadas pelo dirigente máximo da entidade), também a autorização do Advogado-Geral da União (que era desnecessária para estas ações, na redação original da norma), bem como do “Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, ou do Ministério Público da União” – todas autoridades que não estavam previstas na redação original, cercando-se, assim, de maiores cautelas a celebração do acordo em ações de valores elevados. Foram excluídas da nova regra, porém, as “empresas públicas não dependentes, que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização de seu dirigente máximo”.

A lei não explicita todas as modalidades em que pode se dar a transação, mencionando, todavia, que se trata de ato processual praticado pelas partes com o condão de “terminar o litígio” em juízo (artigo 1º.). Muito embora o dispositivo não faça referência expressa à posição processual da União ou outro ente público federal, como os artigos 1º.-A, 1º.-B, 1º.-C e 2º. estabelecem regras próprias para as ações destinadas à cobrança de créditos das autarquias, fundações e empresas públicas federais, fica claro estas ações não estão abrangidas, o que implica excluir do âmbito da norma os atos de natureza transacional que

---

<sup>184</sup> Caso das ações que envolvam até 60 salários mínimos. Veja-se o que dispõe a regra para as ações cujo valor supere este patamar:  
“II - até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), mediante prévia e expressa autorização dos Procuradores Seccionais ou dos Chefes de Escritório de Representação;  
III - até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), mediante prévia e expressa autorização dos Procuradores Regionais da União ou dos Procuradores Chefes das Procuradorias da União nos Estados.  
§ 1º Nas causas de valor superior ao limite estabelecido no *caput* [até R\$ 500.000,00] caberá ao Procurador-Geral da União autorizar prévia e expressamente a celebração do acordo ou transação.”

importem em: a) renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação; b) concessão de parcelamento do débito.

Deve-se entender, assim, que está abrangida pela regra do artigo 1º., nas ações propostas contra a União, autarquias ou fundações federais ou empresas públicas federais dependentes:

- a) a hipótese em que ocorre o reconhecimento total ou parcial do pedido do autor, em primeira ou segunda instância, ou seja, no momento da apresentação de contestação, contra-razões ou em qualquer fase do processo em que ficar suficientemente esclarecida a matéria fática (como durante a instrução);
- b) a não interposição ou desistência de recursos;
- c) a concordância com a “desistência” da ação.

Da mesma forma, nas ações em que tais entes federais forem autores (ex.: desapropriação), estão abrangidos:

- a) a desistência da ação;
- b) a não interposição ou desistência de recursos.

Com relação à concordância com a “desistência”, cabe referir que o artigo 3º. da Lei 9.469 condiciona a concordância com o pedido de desistência ao fato de que não se trate efetivamente de desistência (que levaria à extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267 do CPC), mas sim de renúncia ao direito sobre o qual se funda ação, que leva à extinção do processo com julgamento do mérito, nos termos do artigo 269, V, do mesmo código.

O artigo 132 da Lei 8.213, de 1991, traz regra própria para as ações que envolvam matéria previdenciária:

A formalização de desistência ou transigência judiciais, por parte de procurador da Previdência Social, será sempre precedida da anuência, por escrito, do Procurador-Geral do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, ou do presidente desse órgão, quando os valores em litígio ultrapassarem os limites definidos pelo Conselho Nacional de Previdência Social – CNPS.

§ 1º. Os valores a partir dos quais se exigirá a anuência do Procurador-Geral ou do presidente do INSS serão definidos periodicamente pelo CNPS, através de resolução própria.

§ 2º. Até que o CNPS defina os valores mencionados neste artigo, deverão ser submetidos à anuência prévia do Procurador-Geral ou do presidente do INSS a formalização de desistência ou transigência judiciais quando os

valores referentes a cada segurado considerado separadamente superarem, respectivamente, 10 (dez) ou 30 (trinta) vezes o teto do salário de benefício.

Lamentavelmente, a regra só prevê a definição de valores de alçada e de autoridades competentes, sem estipular qualquer critério para a celebração das transações.

Na esfera tributária, o artigo 19, II, da Lei 10.522, de 2002, instituiu sistemática bastante similar à que se verá em seguida para as hipóteses de cobrança de créditos: autoriza-se a Fazenda Nacional a **não contestar** e a **não interpor recurso** em hipóteses que versem sobre matérias pacificadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça (deixando claro o critério para a prática de tais atos). Porém, condiciona-se tal dispensa a “ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda”, o que de forma alguma deixa claro (se é que isto seria possível) qual o critério **jurídico** apto a justificar que este ato declaratório seja proferido em algumas situações e não em outras. Ainda, seria importante prever expressamente a possibilidade de, nas mesmas hipóteses acima referidas (jurisprudência firme desfavorável ao Fisco): a) reconhecer a procedência do pedido em momento posterior à contestação (isso pode ser relevante, por exemplo, após a instrução ou após a sentença de procedência); b) desistir de recurso já interposto. Não havendo tal previsão, todavia, aplica-se a regra geral do artigo 1º da Lei 9.469, pois dele não estão excluídas as ações em que atue a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Da mesma forma, cabível a celebração de transações que não se consubstanciem em não apresentação da contestação ou não interposição do recurso, mesmo na ausência do referido ato declaratório, já que o dispositivo em questão não estabelece qualquer exceção a respeito.

Cabe referir, por fim, as três únicas normas nesta seara (ações em que entes públicos federais são réus) que estabelecem critérios para identificar os casos para celebração de acordos. A primeira – e mais completa – é a já referida Portaria AGU 109, de 2007, que disciplina a realização de conciliação no âmbito dos processos de competência dos Juizados Especiais Federais, e em cujo texto encontramos os seguintes dispositivos:

Artigo 3º. A transação ou a não interposição ou desistência de recurso poderá ocorrer quando:

I – houver **erro administrativo reconhecido pela autoridade competente** ou, quando verificável pela simples análise das provas e dos documentos que instruem a ação, pelo advogado ou procurador que atua no feito, mediante documentação adequada; e

II – inexistir controvérsia quanto ao fato e ao direito aplicado.

§ 1º. A inexistência de controvérsia quanto ao fato deve ser verificável pelo advogado ou procurador que atua no feito pela simples **análise das provas e dos documentos que instruem a ação**, e a **inexistência de controvérsia quanto ao direito aplicado deve ser reconhecida pelo órgão consultivo competente, mediante motivação adequada** em qualquer das situações.

§ 2º. Os valores envolvidos nas conciliações e transações não poderão exceder ao teto previsto no artigo 3º., § 2º., da Lei nº. 10.259, de 12 de julho de 2001 [valor que define a competência dos Juizados Especiais Federais – 60 salários mínimos], observado o disposto no artigo 260 do Código de Processo Civil.

§ 3º. Não serão objeto de acordo:

I – as hipóteses em que se discute penalidade aplicada a servidor;

II – os casos de dano moral, salvo se o agente causador do dano for entidade credenciada, contratada ou delegada de órgão de Administração Pública Federal e assuma, em juízo, a responsabilidade pelo pagamento acordado; e

III – o **litígio que estiver fundado exclusivamente em matéria de direito e houver a respeito enunciado da Súmula da AGU, parecer aprovado na forma do artigo 40 da Lei Complementar 73, de 1993 ou orientação interna adotada pelo Advogado-Geral da União contrários à pretensão.**

§ 4º. Os acordos conterão obrigatoriamente cláusula de renúncia a eventuais direitos decorrentes do mesmo fato ou fundamento jurídico que deu origem à ação judicial.

§ 5º. Na ausência de prévio requerimento administrativo objetivando a concessão de benefícios previdenciários ou outros direitos, **o advogado ou procurador poderá solicitar ao juízo a suspensão da ação pelo prazo necessário para a administração analisar o pedido**, o qual, se deferido, deve ser comunicado ao Poder Judiciário.

Já a Portaria 915, de 16 de setembro de 2009, expedida no âmbito da Procuradoria-Geral Federal, assim dispõe, em seu artigo 2º.:

§ 4º. Além do disposto no § 3º. do artigo 3º. da Portaria AGU nº. 109, de 2007, não será objeto de transação ou acordo o litígio que estiver fundado exclusivamente em matéria de direito e houver a respeito **súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, bem como parecer ou qualquer outra orientação proveniente das Procuradorias Federais**, especializadas ou não, junto às autarquias e fundações públicas federais.

Por fim, a Ordem de Serviço nº. 13/2009, da PGU, dispõe a respeito o seguinte:

Art. 3º Os acordos e transações em juízo, para terminar o litígio, não poderão ser autorizados nas seguintes hipóteses:

I - relativa à alienação do patrimônio imobiliário da União;

II - em que se discute a penalidade aplicada a agente público;

III - em que se discute dano moral; e

IV - fundada exclusivamente em matéria de direito e houver súmula da Advocacia-Geral da União, parecer aprovado na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, orientação interna adotada pelo Advogado-Geral da União, orientação proveniente da Procuradoria-Geral da União,

Procuradorias Regionais, Procuradorias da União nos Estados ou Procuradorias Seccionais, ou parecer da Consultoria-Geral da União ou das Consultorias Jurídicas dos Ministérios contrários à pretensão.

Parágrafo único. Poderão ser realizados acordos com a finalidade de dar efetividade às súmulas da Advocacia-Geral da União, notadamente quando a discussão de questões acessórias impeça a extinção dos processos.

Art. 4º Serão observadas as seguintes regras para ser firmado acordo ou transação:

I - somente pode ser objeto o direito pleiteado não prescrito ou que não possam ser arguidas matérias processuais e outras de ordem pública para fulminar a pretensão;

II - no caso de débitos da União, haver redução de, no mínimo, 10% (dez por cento) do valor estimado da condenação e se o autor da ação se responsabilizar pelos honorários de seu advogado e eventuais custas judiciais, aceitando ainda a incidência de juros de mora desde a citação válida no percentual máximo de 0,5% (meio por cento) ao mês, bem como o desconto dos impostos e das contribuições respectivas;

III - no caso de créditos da União, a redução levará em conta os critérios de administração e de cobrança, bem como a exigência de que o réu da ação se responsabilize pelos honorários de seu advogado e eventuais custas judiciais;

IV - conter o termo de acordo ou transação cláusula de renúncia a direitos decorrentes do mesmo fato ou fundamento jurídico que deu origem à ação judicial.

Art. 5º A transação ou acordo judicial deverá observar, inclusive nos processos que tramitam sob o rito ordinário ou outros ritos especiais, as condições estabelecidas nos incisos I e II, e nos §§ 1º, 3º e 5º do art. 3º da Portaria AGU nº 109, de 30 de janeiro de 2007, aplicando-se o seu inteiro teor nos Juizados Especiais Federais.

Art. 6º Na consulta dirigida ao Procurador-Geral, Procurador Regional, Procurador Chefe, Procurador Seccional, ou Chefe do Escritório de Representação da União, o Advogado da União deverá emitir parecer motivado e conclusivo sobre todos os aspectos da proposta de acordo ou transação, fundamentando o interesse público envolvido.

§ 1º Na consulta referente a proposta de acordo ou transação com repercussão financeira deverá constar avaliação sobre a vantagem econômica para o erário federal.

§ 2º O acordo ou transação não poderá desrespeitar a ordem de pagamento de precatórios.

§ 3º Na hipótese de acordo celebrado na forma do art. 1º, inciso I, desta Portaria, o Advogado que atua diretamente na causa deverá firmar manifestação motivada e conclusiva sobre todos os aspectos da proposta de acordo ou transação, fundamentando o interesse público envolvido e avaliação sobre a vantagem econômica para o erário federal.

Art. 7º A consulta ou manifestação para a celebração de acordo ou transação deverá ser instruída com as seguintes peças:

I - documentação comprobatória das alegações;

II - parecer técnico conclusivo do Núcleo Executivo de Cálculos e Perícias do órgão, se necessário;

III - cópias das peças principais dos autos da ação judicial;

IV - parecer técnico dos Ministérios e demais órgãos públicos relacionados com o interesse público envolvido, se necessário;

V - indicação do termo final do prazo para manifestação, se for o caso; e

VI - cópia de outros documentos que possam auxiliar no exame.



A Ordem de Serviço em questão inova no que diz respeito aos critérios que implicam autêntica análise do risco de perda, como se vê no inciso I do artigo 4º., bem como da economicidade, como se vê do inciso III, e, ainda, de exigências mínimas para a celebração de acordos no que diz respeito à parte contrária à União.

Sobre a exclusão de determinadas matérias do âmbito de possíveis transações, feita pelos incisos I e II do artigo 3º., § 3º., da Portaria AGU 109, parece haver ilegalidade e inconstitucionalidade da norma, que pretende subtrair determinadas matérias dos benefícios do artigo 98 da Constituição Federal e da Lei 10.259, de 2001, sem qualquer justificativa jurídica. Também parece questionável, à luz da Lei 9.469, de 1997, e dos princípios constitucionais do acesso à justiça, da razoável duração do processo, da isonomia e da eficiência, a vedação operada pelo artigo 3º., I a III, da Ordem de Serviço PGU 13/2009.

Cabe, porém, analisar os dois critérios fundamentais, pela primeira vez esclarecidos em ato normativo da Advocacia Pública Federal, acerca da possibilidade de transações em litígios judiciais:

I – esclarecimento da matéria fática – quando os fatos estiverem suficientemente esclarecidos por prova documental, quando houver reconhecimento de erro administrativo ou quando os fatos vierem a ser esclarecidos pelas diligências realizadas pela área técnica competente, a ausência de controvérsia fática justifica a realização do acordo;

II – entendimento jurídico favorável ao autor expresso em parecer da consultoria jurídica do órgão público, que necessariamente deverá observar Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF), Súmula ou parecer vinculante da AGU, quando existentes.

Os dois critérios, conjuntamente aplicados a cada caso concreto, propiciam imensa segurança jurídica ao ente público. Parece, contudo, que, em casos que tais, existe o **dever de transigir**, não simples faculdade.

A mera possibilidade deverá ser reconhecida, isto sim, quando for elaborado pelo órgão jurídico um **juízo de probabilidade** quanto às chances de êxito na causa, analisando-se as controvérsias de fato e de direito eventualmente existentes. Quando esta análise de risco permitir concluir que as chances de êxito do autor superam de forma significativa as chances do ente público, aí sim pode ter espaço autêntica transação, pela qual o autor renuncia a uma

parcela do que pretende, mas não tem certeza de obter, e a Administração Pública obtém um desconto razoável em relação ao valor que provavelmente seria condenada a pagar futuramente. Este é o espírito da lei, que porém ainda não foi devidamente explorado pelas normas administrativas da AGU.

### **5.3.2 Desistência ou não ajuizamento de ações e não interposição de recursos quando a União ou seus entes forem credores**

No que tange à desistência de ações e não interposição de recursos em ações que tenham por objeto a **cobrança de créditos**, existe uma dupla sistemática quanto à competência: a) naquelas em que for parte a União, as autarquias e fundações federais, não importando o valor envolvido, a competência é do Advogado-Geral da União (artigo 1º-A), **excetuadas as ações em que a representação da União se faz pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional** (parágrafo único); b) já nas ações em que forem partes empresas públicas federais, se o valor envolvido for igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ou se se tratar de empresas públicas não dependentes, os atos processuais em questão podem ser autorizados pelo dirigente máximo da entidade; se o valor for superior a este teto, é necessária autorização do Ministro de Estado ou do titular de Secretaria da Presidência da República a cuja área estiver afeto o assunto (artigo 1º.-B).

Na primeira hipótese, no que se refere às ações onde são cobrados créditos das autarquias e fundações federais, a competência foi delegada pelo Advogado-Geral da União ao Procurador-Geral Federal, nos termos do artigo 2º. da Portaria 990, de 2009, da AGU, com a redação que lhe foi dada pela Portaria AGU 1156, de 2009, e ao Procurador-Geral do Banco Central, pela Portaria AGU 1.397, de 2010, sendo que, neste último caso, estão excluídas as ações em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal.

No que tange aos créditos da União, a Portaria 990, em sua redação original, que vigorou por apenas 35 dias, previa a delegação ao Procurador-Geral da União. Em relação a ambas as categorias de créditos, a redação agora revogada da Portaria 990 também previa a possibilidade de subdelegação. Uma importante inovação da Portaria AGU 1156, em vigor, foi a previsão, que não constava expressamente da Lei 9.469, da possibilidade de **desistência de recurso** já interposto. Tal possibilidade, porém, só foi prevista para as autarquias e

fundações federais, não para a União... O ideal é que venha a constar da lei e que fique clara abrangência de todos os entes federais.

Sobre os critérios para o exercício de tal competência, é possível encontrar uma diretriz na norma – o artigo 4º. da Lei 9.469 dispõe:

Não havendo Súmula da Advocacia-Geral da União (artigos 4º., inciso XII, e 43 da Lei Complementar nº. 73, de 1993), o Advogado-Geral da União **poderá** dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais quando a controvérsia jurídica estiver sendo iterativamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais Superiores.

Apesar do “poderá” – que deveria ser “deverá”, em prestígio ao princípio da isonomia e ao Estado Democrático de Direito –, é importante celebrar a previsão de ao menos um critério material (não meramente procedimental) relativo aos atos de natureza transacional. É de se lamentar, porém, que não tenha sido expressamente prevista: a) a desistência de ações já interpostas (se é possível deixar de ajuizar a ação, desistir também deve sê-lo); b) o reconhecimento do pedido do autor, nas ações em que a União ou um de seus entes estiver no polo passivo (o que vale para as ações em que a União é autora também deveria valer para ações em que ela é ré); c) a desistência do recurso já interposto (se é possível deixar de recorrer, deve ser possível desistir do recurso).

A Portaria 915 da Procuradoria-Geral Federal também contempla norma similar, aplicável a situações em que está ainda mais evidenciado que o ente público está litigando em sentido contrário ao Direito, por afrontar entendimento jurisprudencial e mesmo da própria Advocacia-Geral da União:

Artigo 4º. Nas ações que tenham por objeto **matéria com entendimento pacificado em Súmula com efeito vinculante aprovada pelo Supremo Tribunal Federal ou Súmula da Advocacia-Geral da União**, ficam **autorizadas, para lhes garantir eficácia**, a não propositura e a desistência das ações, bem como a não interposição e a desistência dos recursos judiciais já interpostos, mesmo que os referidos entendimentos contrariem a pretensão formulada nos autos judiciais pelas autarquias e fundações públicas federais. (grifei)

Não posso deixar de ressaltar que a observância de Súmula Vinculante do STF por todos os órgãos da Administração Pública já é determinada pela Constituição Federal, ao passo que a observância de Súmula da AGU pelos órgãos que a integram (como é o caso da Procuradoria-Geral Federal) também já vem determinada pelo artigo 43 da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (LC 73/93). A par das boas intenções que se presume terem presidido a elaboração da norma, parece absolutamente inadequada, portanto (para não dizer

inconstitucional e ilegal) a redação da Portaria, que “autoriza” (ao invés de determinar) a não propositura, não interposição ou desistência de ações e recursos que contrariem os entendimentos jurídicos constantes de tais Súmulas.

Na esfera previdenciária, o artigo 131 da Lei 8.213, de 1991, com a redação dada pela Lei 9.528, de 1997, estabelece, no que concerne à cobrança de “créditos” da Previdência:

O Ministro da Previdência e Assistência Social **poderá** autorizar o INSS a formalizar a **desistência** ou **abster-se de propor ações e recursos** em processos judiciais sempre que a ação versar matéria sobre a qual haja declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal – STF, súmula ou jurisprudência consolidada do STF ou dos tribunais superiores.

Parágrafo único. O Ministro da Previdência e Assistência Social disciplinará as hipóteses em que a administração previdenciária federal, relativamente aos créditos previdenciários baseados em dispositivo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, possa:

- a) abster-se de constituí-los;
- b) retificar o seu valor ou declará-los extintos, de ofício, quando houverem sido constituídos anteriormente, ainda que inscritos em dívida ativa;
- c) formular desistência de ações de execução fiscal já ajuizadas, bem como deixar de interpor recursos de decisões judiciais. (grifei).

Assim como nas demais ações, a regra institui uma sistemática, no mínimo, “curiosa”: de um lado, a regra traz o critério claro, jurídico e isonômico – jurisprudência consolidada de algum dos Tribunais Superiores; de outro, deixa ao livre alvedrio do Ministro da Previdência Social (aliás, sem qualquer participação de órgãos da advocacia pública federal) a decisão sobre aceitar ou não as consequências jurídicas da referida jurisprudência! Regra com idêntico teor consta do artigo 6º. do Decreto nº. 2.346, de 1997.

Como a norma da Lei 9.469, acima analisada, não se aplica aos créditos de natureza tributária, as únicas regras a respeito de transação judicial envolvendo estes créditos constam do mesmo Decreto nº. 2.346, de 1997, que dispõe:

Artigo 4º. Ficam o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, **autorizados** a determinar, no âmbito de suas competências e com base em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo, que:

- I – não sejam constituídos ou que sejam retificados ou cancelados;
- II – não sejam efetivadas inscrições de débitos em dívida ativa da União;
- III – sejam revistos os valores já inscritos, para retificação ou cancelamento da respectiva inscrição;

#### IV – sejam formuladas desistências de ações de execução fiscal.

Artigo 5º. Nas causas em que a representação da União competir à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, havendo manifestação jurisprudencial reiterada e uniforme e decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em suas respectivas áreas de competência, fica o Procurador-Geral da Fazenda Nacional **autorizado** a declarar, mediante parecer fundamentado, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, as matérias em relação às quais é de ser **dispensada a apresentação de recursos**. (grifei).

Três observações se reputam relevantes: a) por alguma estranha razão, a expedição de parecer fundamentado do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro da Fazenda, é exigida para a não interposição de recursos, mas não para a desistência de execuções fiscais; b) não se previu a possibilidade de, nas mesmas hipóteses, ocorrer a desistência do recurso já interposto (recomendável para espantar qualquer dúvida a respeito); c) a exigência do parecer referido para que ocorra a não interposição de recurso quando já houver jurisprudência firme dos Tribunais Superiores, mais uma vez, afronta a isonomia e os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

### 5.3.3 Parcelamentos

Uma outra modalidade de “acordo ou transação” prevista na Lei 9.469 (artigo 2º.) diz respeito à possibilidade de parcelamento de débitos não superiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais) em até 30 (trinta) parcelas, com os acréscimos ordinários de juros e correção monetária incluídos na taxa SELIC, que pode ser autorizada pelo Procurador-Geral da União, pelo Procurador-Geral Federal e pelos dirigentes máximos de empresas públicas federais e do Banco Central do Brasil <sup>185</sup>.

Trata-se, aqui, de mero parcelamento, não implicando qualquer renúncia aos créditos que sejam devidos ao ente público. Apesar de não haver ressalva expressa na norma, tudo indica, pelo critério da competência (ela se refere ao Procurador-Geral da União, ao Procurador-Geral Federal e aos dirigentes máximos das autarquias e do Banco Central do Brasil, mas não inclui o Procurador-Geral da Fazenda Nacional nem o Ministro da Fazenda),

<sup>185</sup> No caso deste último, a competência foi delegada pelo Presidente do BACEN ao Procurador-Geral do Banco Central, nos termos da Portaria BACEN 3.683, de 8 de outubro de 1997, e subdelegada por este último ao Subprocurador-Geral da área do contencioso judicial para os débitos cujo valor se situe entre R\$ 50.000,00 e menos de R\$ 500.000,00, bem como aos procuradores-regionais e aos procuradores-chefes nos Estados, para os débitos inferiores a R\$ 50.000,00, nos termos da Portaria PGBC 36.373, de 12 de setembro de 2006.

que ela não se aplica aos créditos de natureza tributária devidos à União, os quais se regem por regras próprias, que, como se sabe, são produzidas periodicamente a fim de definir critérios para moratórias, parcelamentos, redução ou perdão de juros, multas ou mesmo dos tributos incidentes em determinadas situações.

Já o artigo 37-B da Lei 10.522, de 2002, traz normas próprias para os parcelamentos de “créditos das autarquias e fundações públicas federais, de qualquer natureza”, sem limitação de valor, os quais poderão ser parcelados em até 60 (sessenta) prestações mensais. O que a norma não deixou claro, especialmente se se considerar a redação de seu parágrafo 1º., é se ela se aplicaria aos créditos do Banco Central do Brasil. O parágrafo 1º. estipula que o “disposto neste artigo somente se aplica aos créditos inscritos em dívida ativa e centralizados nas Procuradorias Regionais Federais, Procuradorias Federais nos Estados e Procuradorias Seccionais Federais”, remetendo ainda à Lei 10.480, de 2002, que organizou a Procuradoria-Geral Federal. Como os créditos do Banco Central do Brasil são administrados pela Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil, órgão que não integra a Procuradoria-Geral Federal, embora o BACEN seja autarquia (enquadrando-se na previsão do *caput*), a redação do parágrafo referido leva a crer que não estão incluídos – o que implica em que não existe previsão legal específica autorizando o parcelamento de créditos devidos ao BACEN cujo valor supere R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Esta interpretação foi a que prevaleceu no âmbito do Banco Central do Brasil, de modo que a Portaria 33.767 do BACEN disciplina este parcelamento em até 30 (trinta) vezes, e não 60, como no caso das demais autarquias.

As regras parecem ter utilidade apenas nas execuções de créditos da Fazenda Pública em geral, já que pressupõem seja tomado como parâmetro um crédito “líquido e certo”, eis que parece pouco provável que um particular ou mesmo ente público vá concordar com mero parcelamento em situações em que o montante do crédito ainda seja controvertido – como se dá no processo de conhecimento.

#### **5.3.4 Dever de colaboração com a instrução**

Não existe, no que concerne ao dever em espécie, nenhuma regra legal, além daquelas já genericamente previstas na legislação processual civil, a incidir nos litígios que tenham como uma das partes um ente público.

Considerando, todavia, que a grande maioria dos processos judiciais que têm como uma de suas partes a Fazenda Pública são anteceditos de um processo administrativo, bem assim todo o conjunto de normas já relacionadas que dificulta ou acaba por impedir o reconhecimento total ou parcial do pedido formulado contra a Fazenda, mesmo quando já está evidente que ele deveria ocorrer, parece que seria de grande utilidade para a busca da verdade e para a celeridade processual a previsão normativa de um dever processual dos entes públicos de anexarem à peça contestatória em todo e qualquer processo judicial o conteúdo integral do(s) processo(s) administrativo(s) a ele relacionado(s). O esclarecimento fático daí advindo poderia em muito contribuir para uma potencial transação ou, se assim não ocorrer, para um julgamento que seja mais condizente com os fatos e o direito material aplicável – e não com simples incidentes processuais protelatórios de que possa se fazer valer a Fazenda Pública.

Note-se que o entendimento ora esposado, no que toca ao dever automático de os entes públicos juntarem aos autos toda a documentação relevante, veio, em alguma medida, disposto na Portaria 109 da AGU, de 30 de janeiro de 2007, que disciplinou a atuação da Advocacia-Geral da União no âmbito dos Juizados Especiais Federais:

Artigo 4º. Os representantes judiciais da União, autarquias e fundações públicas federais deverão, em três dias, a contar da citação recebida, solicitar aos órgãos da administração pública federal informações e documentos necessários ao deslinde da causa, fixando o prazo máximo de dez dias para resposta.

§ 1º. A resposta deverá vir acompanhada dos documentos necessários à instrução da causa, inclusive planilha de cálculos que identifique o valor da pretensão do autor da ação.

Norma idêntica, portanto, pode e deve ser editada para todos os demais litígios judiciais, já que inexistente respaldo jurídico para a distinção. As mesmas razões que justificam a regra no âmbito dos Juizados Especiais Federais estão presentes em todos os litígios de competência de outros órgãos jurisdicionais. A rigor, a regra pode e deve ser aplicada por analogia nos demais casos enquanto inexistir norma expressa para os demais processos.

### **5.3.5 Efeitos da celebração de transação em processos com mesmo objeto ou causa de pedir e na esfera administrativa**

Nunca parece demais repetir, tendo em vista a possibilidade de esquecimento deste aspecto, que a atuação da Administração Pública rege-se, entre tantos outros, pelos princípios

da legalidade e da isonomia.

Assim, sempre que for possível apurar, após o ajuizamento de ação, que houve a prática de ato ilegal por parte da Administração em relação a um administrado, levando inclusive à celebração de um acordo com o propósito de evitar uma condenação futura do ente público, parece evidente que o setor competente para a prática do ato deverá analisar se existem outros administrados em situação semelhante e aplicar a estes idêntica solução.

Não é preciso, aliás, aguardar a celebração de transação, mas providência equivalente pode ser tomada assim que o órgão tomar conhecimento da propositura da ação. Este simples procedimento, que se assenta nos mais elementares princípios de nossa República, encontra-se preconizado no artigo 5º. do Decreto nº. 4.250, de 2002, *verbis*:

Parágrafo único. O órgão da Administração Pública Federal que receber pedido de subsídios para a defesa da União, de suas autarquias ou fundações, nos termos do artigo 4º. da Lei nº. 9.028, de 1995, além de atendê-lo no prazo assinalado:

I – verificando a **plausibilidade da pretensão deduzida em juízo e a possibilidade de solução administrativa**, converterá o pedido em processo administrativo, nos termos do artigo 5º. da Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, para exame no prazo improrrogável de trinta dias;

[...]

III – providenciará a **verificação da existência de requerimentos administrativos semelhantes, com a finalidade de dar tratamento isonômico.** (grifei)

#### **5.4 Obstáculos culturais e institucionais para a utilização da conciliação por entes públicos em juízo X potenciais benefícios da prática**

Como visto, não existem, ainda, lamentavelmente, em nível federal, normas regulamentares que detalhem de forma inequívoca os critérios a serem utilizados para identificação de casos em que pode ou deve ser realizada transação em juízo, com exceção dos processos de competência dos Juizados Especiais Federais.

A insuficiência das previsões normativas existentes se insere, assim, num quadro de inércia institucional, em que existe grande receio de assunção de responsabilidade em nível pessoal pela celebração de acordos – e nenhuma cobrança pela omissão em realizá-los quando era o caso de realizar o acordo e evitar assim a realização de trabalhos e despesas adicionais desnecessárias para o erário.



Note-se que, entre a autorização do Advogado-Geral da União (necessária em quase todos os processos envolvendo entes federais, com exceção daqueles em que houver delegação) e a atuação do advogado público designado em concreto para atuar num determinado processo judicial, normalmente sob a supervisão administrativa (às vezes também acompanhada de supervisão técnica, como se dá na Procuradoria do Banco Central do Brasil) de uma chefia, podem se inserir hierarquicamente, pelo menos, a atuação de: a) no caso dos Advogados da União, o Procurador-Geral da União e a chefia imediata; b) no caso dos Procuradores Federais, o Procurador-Geral da autarquia e o Procurador-Geral Federal, além da chefia imediata; c) no caso dos Procuradores do Banco Central do Brasil, o Subprocurador-Geral titular da atuação contenciosa e o Procurador-Geral do Banco Central, além da chefia imediata; d) no caso dos Procuradores da Fazenda Nacional, o Procurador-Geral Adjunto de Consultoria e Contencioso Tributário e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, além da chefia imediata.

Fica aí evidenciada a existência de dois ou mais níveis hierárquicos interpostos entre o Advogado-Geral da União e cada advogado público federal, aos quais não somente é possível delegar o poder para autorizar o acordo em juízo, como também é possível – e necessário – delimitar quais são os critérios para **identificação de situações em que devem ser celebradas tais transações**, identificando as atribuições de cada nível hierárquico nesse mister.

É plenamente possível e conveniente, neste sentido, que sejam envolvidos, inclusive partilhando responsabilidades, servidores da unidade administrativa afetada, sempre que informações de ordem técnica sejam necessárias para avaliar aspectos fáticos atinentes à controvérsia. A atuação colegiada parece oferecer maior segurança técnica e jurídica, podendo ser graduada de acordo com a complexidade técnica e o volume financeiro envolvidos em cada conflito.

Na ausência deste detalhamento, que permita sejam definidas estratégias administrativas para a gestão de conflitos em juízo, e numa cultura em que não se reconhece a advogados públicos autonomia funcional, prevalecendo simplesmente o cumprimento de ordens e a realização de deveres, e em que, algumas vezes, se inibe a proposição de iniciativas que tenham o objetivo de aprimorar o cenário até então existente em busca de mais eficiência administrativa por parte daqueles que não se encontram em posição de comando (tais

iniciativas podem ser vistas como “desafio à hierarquia”, por trazerem implícita uma crítica ao estado atual da organização), desenha-se um quadro que se caracteriza pela quase integral dependência de iniciativas consistentes oriundas do comando da instituição.

Isto implica dizer que, se não houver uma determinação clara deste comando, as situações em que é conveniente e devida a realização da transação não serão identificadas e prosseguirá a pouca utilização do instrumento, em prejuízo da eficiência administrativa, do acesso à justiça e mesmo dos ditames mais básicos do Estado Democrático de Direito, como a sujeição do Estado às normas dele próprio emanadas.

Este quadro é ilustrado pelas bem postas observações da Procuradora Federal Alexandra Amaral, constantes de trabalho que vem a ser a publicação de sua dissertação de Mestrado:

Trata-se, com efeito, de alterar a conduta habitual da Administração Pública ante o processo. A resistência às pretensões dos particulares, em qualquer hipótese, tenha ou não razão, é comportamento que vem sendo rechaçado pela sociedade e que debilita a própria Administração na relação processual, quando comparece para defender posições que se encontram já superadas. A transação é vantajosa, portanto, não apenas para as partes envolvidas diretamente com a controvérsia, mas propicia um efeito global de melhora do funcionamento da máquina administrativa e do aparelho judicial. (2008, p. 19).

Daí a importância de se demonstrarem os benefícios concretos da adoção de um programa de mediação ou conciliação.

No Brasil, o Procurador Federal Adler Anaximandro de Cruz e Alves (2010) publicou estudo onde demonstra que a instituição de uma instância administrativa para a solução de conflitos mais comuns em matéria previdenciária, muito embora possa elevar os gastos do INSS com a concessão de benefícios, diminuiria de maneira proporcional os gastos decorrentes de condenações ou transações em juízo, com elevados benefícios, por outro lado, para a imagem institucional e a credibilidade da autarquia perante o Judiciário e a população. Segundo informações constantes do mesmo trabalho, existem em andamento atualmente 5 milhões de ações envolvendo o INSS, sendo que este é vencido ou celebra acordos em cerca de dois terços destas ações. Esta situação, segundo demonstra Alves, é mero reflexo de uma “cultura velada de indeferimento” que existe na autarquia (“na dúvida, indefere-se”) e que faz com que 46,58% dos benefícios requeridos pela população sejam indeferidos. Note-se que o estudo de Alves toma por base apenas uma redução de litigiosidade de cerca de 23%,

presumindo que um índice de indeferimento de cerca de 34% (média das dez gerências regionais que menos indeferem) seria aceitável.

Em levantamento bem menos recente, feito junto a advogados públicos que representaram órgãos federais em juízo nos EUA de 1995 a 1998, Jeffrey Senger (2000) relata que a utilização de mediação fez com que fossem celebrados acordos em dois terços dos casos em que ela foi usada <sup>186</sup>, sendo que, em 17% dos casos, mesmo não tendo havido acordo, os procuradores relataram que ela teve outros benefícios, como reduzir o número de questões controversas, trazer maior compreensão sobre os argumentos do autor e melhorar a comunicação entre as partes a fim de evitar novos conflitos no futuro. Em menos de 20% dos casos, portanto, não houve benefícios na utilização da mediação. Em alguns tipos de conflitos, como aqueles em que se pede indenização por danos pessoais, a mediação propiciou a obtenção de acordos em 71% dos casos.

Considerando-se o tempo gasto nas sessões e os custos adicionais decorrentes da utilização de um mediador, o mesmo estudo pediu que os advogados públicos relatassem qual o tempo médio gasto e quais os custos incorridos, de um lado, e quais as despesas e quantas horas de trabalho foram economizadas, em média, em cada caso em que se utilizou a mediação. Os resultados foram os seguintes, no que diz respeito a custos incorridos com a utilização da mediação: a) tempo médio gasto na preparação para a sessão – 12 horas; b) tempo médio gasto na(s) sessão(ões) de mediação – 7 horas; c) custos em honorários do mediador – 867 dólares. Quanto à economia de tempo e recursos, os resultados apurados foram: a) valores que seriam gastos com a instrução do caso e que foram economizados – 10.700 dólares; b) horas de trabalho evitadas – 89 horas; c) tempo de antecedência da resolução do caso, comparado a uma sentença no processo de conhecimento – 6 meses.

Muito embora os procuradores tenham relatado que muitos destes casos poderiam resultar em acordo, mais adiante, de qualquer maneira, sem a utilização da mediação, este resultado teria levado mais tempo e custado mais caro. A pesquisa apurou também que, quanto mais próximo da data do julgamento, maior a chance de obtenção de acordo. Porém, de outra parte, as economias são tanto maiores quanto mais cedo se celebrar o acordo. Outra peculiaridade apontada pela pesquisa foi que o índice de acordos aumenta para os casos envolvendo maiores valores: nos casos em que o acordo foi firmado por 30 mil dólares ou

---

<sup>186</sup> Outro trabalho que faz referência ao mesmo estudo, escrito por Senger e outros (2009), relata que, nos casos em que não foi utilizada a mediação, houve acordo em apenas 29% dos casos.

menos, a mediação teve sucesso em 78% dos casos; quando o acordo ficou entre 30 mil e 120 mil dólares, o índice de sucesso foi de 85%; quando o acordo ficou acima deste valor, a mediação foi empregada com sucesso em 90% dos casos.

Um outro trabalho escrito por Senger e outros (2009) acerca do mesmo estudo revela um outro importantíssimo aspecto da utilização da mediação:

A análise demonstra que, em geral, as partes em processos de mediação ou contenciosos obtêm resultados similares. Os resultados da pesquisa demonstram que a utilização de mediação não altera os efeitos em termos de macro-justiça dos meios processuais tradicionais.<sup>187</sup>

A obtenção dos benefícios decorrentes da utilização de meios consensuais em processos judiciais dependerá, contudo, de normas legais e regulamentares que sejam suficientemente claras acerca dos critérios para avaliação de riscos e celebração de acordos, bem como sobre a natureza jurídica (poder ou dever) da transação em cada caso. Dependerá, ainda, da realização de treinamentos e da utilização de terceiros que favoreçam a comunicação entre as partes tendo em vista a composição do conflito. Voltarei ao tema mais adiante, após discorrer sobre as inúmeras possibilidades de utilização de meios consensuais de solução de conflitos na esfera administrativa.

## **5.5 Critérios e procedimentos para celebração de acordos ou transações pelo Poder Público**

Muito embora eu já tenha feito menção a diversos dispositivos legais que autorizam a celebração de acordos pelo Poder Público em nível federal, nunca é demais, dada a ainda pequena utilização desta prática por órgãos públicos em geral, bem assim a resistência que se agarra ao princípio da “indisponibilidade do interesse público”, fazer menção a outros fundamentos jurídicos neste sentido, além de alguns esclarecimentos conceituais.

Sob o prisma dos fundamentos jurídicos, cumpre referir, em nível constitucional, a afirmação constante do preâmbulo de que todo o ordenamento brasileiro se funda na harmonia social e deve buscar, na ordem interna e internacional, a solução pacífica das controvérsias. Neste compasso, o artigo 98 da Lei Maior favorece a utilização de meios consensuais de resolução de conflitos até mesmo na esfera penal, quando determina a criação

---

<sup>187</sup> Tradução desta autora.

de Juizados Especiais para processar causas cíveis de menor complexidade e crimes de menor potencial ofensivo, permitindo a transação nas hipóteses previstas em lei. No que tange a causas de outra natureza, não existe, em todo o texto constitucional, qualquer vedação para a utilização de meios consensuais, mas estão expressamente previstos, por outro lado, a vincular a atuação da Administração Pública, o princípio da eficiência (artigo 37, I) e, no que toca ao processo judicial e administrativo (artigo 5º, LXXVIII), está assegurada a “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Cabe invocar, neste particular, as lições de Batista Júnior (2007, p. 468):

Se a CRFB/88 determina que a Administração Pública deve ser eficiente (artigo 37, *caput*), haverá vício, por ofensa à norma constitucional expressa, se a atuação administrativa se der em desacordo com o princípio da eficiência administrativa; portanto, é antijurídica a decisão administrativa que não atenda ao poder/dever de prossecução otimizada do bem comum. Se existe a possibilidade de celebração de contratos alternativos que propiciem soluções mais ajustadas ao desiderato de atendimento otimizado do bem comum, em especial quando o Direito estabelece cláusulas setoriais autorizativas, firma-se um dever/poder de transacionar, sempre que esta se constitua na melhor alternativa para o atendimento do bem comum.

Um outro argumento sempre invocado em tema de realização de transações envolvendo entes públicos é o de que tais acordos violariam o princípio da supremacia do interesse público – o qual justificaria uma defesa irrestrita dos atos praticados pelo ente público e, portanto, impossibilitaria a realização de qualquer conciliação. Como já escrevi em artigo que examina o papel da advocacia pública neste contexto<sup>188</sup>, este argumento simplório ignora a complexidade da definição de interesse público. Já é bastante conhecida a distinção elementar, traçada por Renato Alessi, entre interesse público primário (interesse da coletividade, razão da existência do Estado<sup>189</sup>) e interesse público secundário (interesse direto do órgão público, normalmente encarado como reduzido ao erário público)<sup>190</sup>.

Não se ignora, por evidente, que a proteção do interesse público primário requer sejam garantidos os recursos necessários mediante a proteção do interesse público secundário, já que

<sup>188</sup> O trabalho foi publicado na Revista A & C n.º. 34, sob o título “O papel da Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito: da necessidade de sua contribuição para o acesso à justiça e o desenvolvimento institucional” e o texto que desenvolvo até o final deste subitem é uma atualização de parte de subitem daquele trabalho.

<sup>189</sup> Entre tantos outros que poderiam ser citados, escolhemos, por oportunas, as palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “o Poder Público é cometido ao Estado para que, assim concentrado e institucionalizado, lhe seja possível prosseguir os fins para os quais se o criou: a satisfação dos interesses da sociedade.” (1992).

<sup>190</sup> No Brasil, Celso Antônio Bandeira de Mello discorre sobre a distinção, deixando claro que, em caso de conflito, deve prevalecer a proteção do interesse público primário, sob pena de o Estado trair sua própria razão de existir. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 50 e ss.

todas as atividades estatais, além de planejamento e competência, demandam disponibilidade de verbas para que sejam realizadas <sup>191</sup>. Outrossim, não se pode tampouco olvidar a possibilidade de situações em que surge **conflito entre o interesse público primário e o interesse público secundário**. É o que se verifica quando da prática de um ato ilícito (por ação ou omissão) pelo Estado pode resultar eventual condenação. Neste caso, o manejo do argumento da supremacia do interesse público é de todo despropositado, já que **o que se está de fato a defender, quando se defende o ilícito, é a supremacia do interesse público secundário sobre o interesse público primário, consubstanciado no dever de o Estado respeitar e garantir os direitos de seus cidadãos** – o que é absolutamente inaceitável <sup>192</sup>. Na prática, o que temos então, nesta situação surreal (porém extremamente comum) é uma atividade financiada pelos contribuintes (a advocacia pública) posta a serviço da defesa de ilícitos praticados contra esses mesmos contribuintes! <sup>193</sup> Como anota com propriedade Daniel Sarmento, “para um Estado que tem como tarefa mais fundamental, por imperativo constitucional, a proteção e promoção dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, a garantia desses direitos torna-se também um autêntico interesse público.” (2007, p. 83).

Este entendimento, aliás, está expresso no Ato Regimental nº 08, de 27 de dezembro de 2002, do Advogado-Geral da União:

Art. 1º. [...]

§ 1º. No desempenho das atribuições de seus cargos, os Membros efetivos da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal observarão especificamente:

I – a Constituição Federal, as leis e os atos normativos emanados dos Poderes e autoridades competentes;

II – **o interesse público, neste caso, considerado o da sociedade, o da União e de cada um dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.** (grifei)

Encontra-se também albergado no art. 6º, § 3º, da Lei 4.717/65, a lei da ação popular:

<sup>191</sup> Como observa com precisão Cláudio Geoffroy Granzotto, “o aparelhamento estatal é importante para a consecução do interesse público. Todavia, se isso for à custa de meios inidôneos, verdadeiramente não se estará protegendo o interesse público”. (2007, p. 6).

<sup>192</sup> Neste sentido os ensinamentos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “**o interesse público primário** estará sempre na indisponível sustentação dos princípios da ordem jurídica administrativa estabelecidos no art. 37, *caput*, da Constituição.” (2006, p. 18 – grifos do autor).

<sup>193</sup> Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira e Ana Paula Andrade Borges de Faria trazem os exemplos mais comuns: “Exemplo do interesse público secundário, segundo a melhor doutrina, consiste na conduta de resistir ao pagamento de indenizações, ainda que devidas, ou de cobrar tributos indevidos. Nestas hipóteses, a Administração Pública tem o dever de indenizar, já que a ordem jurídica assim dispõe, não obstante o interesse do governante ser em sentido contrário.” (2002, p. 9).

A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, **poderá abster-se de contestar o pedido**, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

Assim, é forçoso concordar com o que sustentam Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira e Ana Paula Andrade Borges de Faria: “não há outra opção ao agente público que não seja agir sempre buscando o interesse público primário, é dizer, a vontade estatal consagrada na lei, por isto se diz que a ‘Administração e suas pessoas auxiliares têm caráter meramente instrumental.’ ” (2002, p. 10).

Não é demais referir, por fim, que, mesmo no âmbito do interesse público primário, é demasiado complexa a configuração de interesses que cabe ao Poder Público proteger e garantir. Sabendo-se que o Estado existe, em última análise, para a proteção e garantia dos direitos fundamentais, não se pode ignorar que estes podem – e efetivamente isso é bastante comum – entrar em conflito entre si. Nestes casos, qual o interesse público que cabe ao Estado defender?

Podemos exemplificar com um conflito entre o interesse na instalação de um novo empreendimento industrial numa região que seja, ao mesmo tempo, carente de empregos e de arrecadação (para os cofres públicos) e, por outro lado, tenha atingido o seu limite de tolerância na degradação ambiental decorrente daquele tipo de empreendimento. Neste caso, temos diferentes interesses públicos primários em conflito: o direito à livre iniciativa, o direito ao trabalho e ao desenvolvimento econômico, de um lado, o direito à saúde e a um meio ambiente equilibrado, de outro. Isso sem falar no interesse público secundário de aumentar a arrecadação. Como será possível, seja no exercício de uma atividade consultiva (por exemplo, ao proferir parecer jurídico no processo de licenciamento), seja no exercício de atividade contenciosa (por exemplo, em caso de ação civil pública promovida pelo Ministério Público), formar um convencimento acerca da licitude ou não do empreendimento com base simplesmente no princípio da supremacia do interesse público?

Resta cristalino que o princípio da supremacia do interesse público apresenta unicamente efeito retórico, pois seu conteúdo não se presta a resolver problemas com qualquer grau de complexidade nesta seara, sendo necessário utilizar os instrumentos que a

doutrina constitucionalista vem desenvolvendo para solucionar as hipóteses de colisão entre direitos fundamentais, através da técnica da ponderação <sup>194</sup>.

Neste sentido os pertinentes ensinamentos de Gustavo Binenbojm acerca do novo instrumental teórico que se coloca para a resolução de conflitos no âmbito do Direito Público:

- (i) a Constituição, e não mais a lei, passa a se situar no cerne da vinculação administrativa à juridicidade;
- (ii) a definição do que é o *interesse público*, e de sua propalada supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar ao inteiro arbítrio do administrador, passando a depender de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados;
- (iii) a discricionariade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para convolar-se em um *resíduo de legitimidade*, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa. Por sua importância no contexto democrático e de implementação dos direitos fundamentais, tem-se dado ênfase à *participação* e à *eficiência* como mecanismos de legitimação das escolhas discricionárias da Administração Pública. (2007, p. 128-129 – grifos do autor).

De fato, como ressalta Alexandre Santos de Aragão, não existe “um interesse público abstratamente considerado que deva prevalecer sobre os interesses particulares eventualmente envolvidos.” O que ocorre é que

[...] o princípio da supremacia do interesse público é confundido com meras regras (não princípios) jurídicas, constitucionais ou legais, que realizam uma pré-ponderação entre os valores envolvidos e optam, para a hipótese, pela preponderância de determinado interesse público sobre os interesses particulares (p. ex., as normas constitucionais que prevêm a desapropriação). Note-se que o contrário também é comumente verificado, ou seja, normas que pré-ponderam os interesses em jogo em favor do interesse privado (ex., as que protegem o sigilo telefônico).

Em se tratando de norma legal, naturalmente que a pré-ponderação efetuada pelo Legislador deve ser constitucional, ou seja, razoável e proporcional diante dos valores constitucionais envolvidos, tanto em abstrato, como na sua aplicação a determinado caso concreto.

Já quando o intérprete se depara com situações para as quais não exista norma abstrata pré-ponderando os interesses envolvidos, em que não há como se pressupor uma necessária supremacia de alguns desses interesses sobre outros, deve realizar a ponderação de interesses *in concreto*, à luz dos valores constitucionais envolvidos. (2007, p. 4-5).

---

<sup>194</sup> Ver, por todos, BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.



Outro princípio bastante invocado, quando se trata de definir os limites para a celebração de acordos envolvendo entes públicos, é o da chamada “indisponibilidade do patrimônio público”<sup>195</sup>. Ora, patrimônio é, por essência, transferível, negociável, renunciável, portanto, disponível. Quando se trata, porém, de patrimônio público, por óbvio, tal transferibilidade há de sofrer limitações. Não se reconhece, todavia, seja em sede constitucional, seja em sede infraconstitucional, qualquer fundamento normativo para a suposta indisponibilidade do patrimônio público<sup>196</sup>.

### 5.5.1 Critérios para celebração de acordos

Estabelecida a possibilidade de realização de transações na esfera judicial, resta deixar claros os critérios para celebrar tais acordos quando se tratar de situações em que se verifica um conflito.

#### 5.5.1.1 O respeito aos limites legais e a questão da “disponibilidade” e da “transigibilidade” de direitos, bens e interesses sob tutela do Poder Público

Não obstante, como já visto, a plêiade de normas ensejadoras de transações administrativas e judiciais por entes públicos, persiste, ainda, como suposta barreira para a transigibilidade, o dogma da “indisponibilidade do interesse público”, como se transigir com relação ao interesse público implicasse renúncia ou abandono, ainda que parcial, da proteção de interesses gerais em benefício de interesse(s) particular(es).

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer, uma vez mais, que não existe identificação entre “disponibilidade” e “transigibilidade”. A disponibilidade de um bem ou direito, como se sabe, é atributo, por exemplo (mas não exclusivo), do direito de propriedade e, como tal, inclui desde o poder de vender – que, se exercido em condições de mercado, não implica qualquer renúncia pelo proprietário, mas pode implicar ganho ou perda se considerado o

---

<sup>195</sup> Vide, por exemplo, o que afirma Fides Angélica Ommati: “Certo que não é dado ao advogado público dispor dos interesses que lhe são confiados na defesa judicial dos órgãos públicos, porque são públicos ou assim considerados tais interesses. Daí a proibição de transigir, de fazer acordo, de deixar de recorrer ou de desistir de recurso interposto.”. *Advocacia pública – algumas reflexões. Jus Navigandi*. Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2111>>. Acesso em 13.8.2007, p. 7.

<sup>196</sup> Como muito bem anota o Prof. Diogo Figueiredo de Moreira Neto, “os interesses da Fazenda do Estado podem ser disponíveis, conforme a lei o regule, ao passo que **o interesse da preservação da ordem jurídica é sempre constitucionalmente indisponível.**” (2006, p. 17 – grifos do autor).

preço inicialmente pago pelo bem – até o poder de doar, pura e simplesmente, o bem, renunciando a ele em definitivo.

Se a disponibilidade inclui, assim, a possibilidade de transacionar com o bem, ela vai muito além, pois abrange a possibilidade de a ele renunciar.

Em matéria de bens e interesses públicos, portanto, a indisponibilidade é a regra, muito embora também possa ocorrer a disponibilidade, até mesmo em sentido de renúncia, com relação a bens e direitos de natureza patrimonial, como já visto – o que ocorre, por exemplo, na esfera tributária, mediante a concessão de isenção e mecanismos equivalentes.

A confusão entre disponibilidade e transigibilidade, porém, tem uma de suas raízes em norma do direito privado, pois o Código Civil contém (artigo 841) norma estabelecendo que “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”, regra que, por evidente, se dirige ao Poder Público apenas no âmbito das relações de natureza civil por ele travadas. Como anota Batista Júnior (2007, p. 511), “sob a égide do Direito Civil, apenas fica aberta a possibilidade de celebração de transação pelas entidades públicas no tocante a direitos patrimoniais de caráter privado. Entretanto, nada proíbe que leis administrativas fundamentem a celebração de transações administrativas.” Assim é que, no exercício da atividade de fomento, o Poder Público pode – e assim o faz – até mesmo realizar doações de imóveis a particulares, sob a condição de que ali sejam instalados determinados empreendimentos.

Ainda no âmbito do direito privado, no qual também se distinguem direitos patrimoniais (disponíveis) e direitos personalíssimos (indisponíveis), é perfeitamente admissível a transação com relação a estes últimos, como se nota da redação do artigo 447 do CPC, cujo parágrafo único determina que tenha lugar a tentativa de conciliação com relação a direitos de família. Não há que se confundir, assim, disponibilidade e transigibilidade <sup>197</sup>, sendo certo, ainda, que transigibilidade não abrange, como a primeira, a possibilidade de **renúncia**, mas sim, pura e simplesmente, **troca**, muitas vezes, aliás, com vantagens para o interesse público.

Apesar de a jurisprudência do STF e do STJ (Superior Tribunal de Justiça) sobre o assunto, via de regra, ter se recusado a analisar a questão dos limites materiais à possibilidade

---

<sup>197</sup> Como observa Batista Júnior (2007, p. 521), “embora a doutrina civilista, usualmente, marque que só se pode transacionar aquilo que se pode dispor, na realidade, a idéia de indisponibilidade não se confunde integralmente com a impossibilidade de se transacionar.”

de transação, contentando-se com a existência de norma que atribua competência para a realização da transação <sup>198</sup>, acórdão mais recente do STF, tendo por relatora a Ministra Ellen Gracie Northfleet, adentrou neste exame e considerou que a “não onerosidade do acordo celebrado” era razão suficiente para entender que o acordo era válido. Afirmou a Ministra:

Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse. <sup>199</sup>.

Como relata Barbosa (2003, p. 8), no caso em tela, analisava-se “transação feita por Município com alguns de seus funcionários, a quem injustamente tinha negado vencimentos; uma administração subsequente reconheceu a ilegalidade da negativa e transacionou o reconhecimento do pedido dos autores em troca de renunciarem à sucumbência e aos acréscimos.” Segundo a Ministra, foi preciso, neste caso, afastar o princípio da indisponibilidade do interesse público para melhor proteger o interesse público. Em realidade, como se vê da descrição do caso, o Poder Público, além de finalmente anular ato ilegal que havia praticado, obteve vantagem econômica na transação. Na realidade, o que se afastou foi uma noção equivocada de intransigibilidade em prol de mero e simples cumprimento da legalidade.

Assim, para Batista Júnior (2007, p. 514), que também comenta este acórdão, é possível dele concluir que:

Quando a Administração não conta com habilitação legal expressa, a transação é possível, desde que o administrador não tome **deliberações de disposição**. A solução encontrada pelo STF, nesses casos, é a de que a transação é lícita desde que a Administração nada ‘conceda’. (grifei)

Quando o autor fala em “deliberações de disposição”, tudo indica que ele quer se referir a “renúncia”, que seria impossível no caso – o que já não ocorre com a simples “troca”.

Firmada, assim, a possibilidade de transação pelo Poder Público quanto a bens eminentemente patrimoniais, seja quando existe autorização, seja quando existe vantagem clara para a Administração, bem como a inexistência de coincidência entre indisponibilidade e intransigibilidade, cabe analisar os limites e possibilidades da transação quanto a interesses

<sup>198</sup> RE 79102-BA – Relator Min. Bilac Pinto; STJ - HC 11168-RS – Relator Min. Vicente Leal – Julg. 23.04.2001; STF ACO 374 QO – MS – Relator Min. Néri da Silveira – Julg. 12.05.1994.

<sup>199</sup> RE 253885-MG – Julg.: 04.06.2002.

que são verdadeiramente indisponíveis, pois dizem respeito a direitos de natureza fundamental.

Um dos critérios a presidir a celebração de qualquer acordo por parte do Poder Público há de ser, sempre e inevitavelmente, o respeito aos parâmetros legais existentes na matéria.

Seria, no mínimo, ingênuo, porém, pensar que a legislação sempre traz balizas suficientes para identificar, à primeira vista, qual a solução a ser dada a cada problema concreto, de modo que, dentro dos supostos limites traçados pelo ordenamento, muitos caminhos podem ser vislumbrados. Basta pensar na complexidade colocada pela colisão entre direitos fundamentais, problema para o qual a melhor solução que a doutrina constitucional conseguiu elaborar até o momento foi a técnica da ponderação caso a caso, buscando preservar o núcleo essencial de cada direito.

Não se deve, contudo, confundir, como sugere Batista Júnior, a proteção do interesse público globalmente considerado, a partir da “justa ponderação de todos os interesses públicos (muitas vezes desalinhados) e interesses privados” (2007, p. 509), com a proteção de um interesse público específico e concreto de determinado órgão público. Não cabe tampouco confundir a **proteção de um direito** (insuscetível de transação) com a **forma pela qual se dará essa proteção**, esta, sim, suscetível de transação com o(s) particular(es) interessado(s) e afetado(s). Na dicção do mesmo autor (2007, p. 521), o “fato de um direito ser absolutamente indisponível não implica que nenhum dos aspectos da questão possa ser objeto de transação, desde que a tutela àquele bem ou direito, holisticamente verificada, seja, de forma mais eficiente, garantida.”

Dá a constitucionalidade dos diversos permissivos legais que, como vimos, autorizam a transação em matéria de proteção ambiental, proteção da concorrência, proteção do consumidor, proteção do mercado de valores mobiliários, proteção da criança e do adolescente, proteção do idoso, serviços de energia elétrica, serviços de transporte rodoviário, supervisão de serviços de saúde e de educação, desapropriação e tantos outros.

O único caso de proibição expressa de transação em nosso ordenamento diz respeito às ações de improbidade, consoante a regra do parágrafo 1º. do artigo 17 da Lei 8.429, de 1992: “É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*”.

Admitida a transação, deve-se garantir a máxima proteção, na medida do possível, a todos os interesses, públicos e privados, envolvidos, com primazia natural dos primeiros sobre

estes últimos em caso de conflito insuperável. Todavia, os parâmetros legais, se, sem dúvida, servem como diretrizes mínimas de qualquer transação a ser celebrada nesta área, muitas vezes, serão insuficientes para balizar um acordo sustentável, dificuldade que se acentua quanto maior for o número de interessados. Daí a utilidade de um procedimento aberto à participação de todos os interessados, bem como da utilização de um terceiro mediador ou facilitador do diálogo, adotando-se, em caso de conflito de abrangência coletiva, um processo como o que se descreverá no último capítulo desta tese.

É sempre bom lembrar, ainda, que referir-se à legalidade como parâmetro, mesmo no quadro do sistema tradicional de resolução de conflitos pela via litigiosa, ao mesmo tempo que aponta para uma referência da maior relevância, não tem o condão de proporcionar uma solução tão clara para o conflito quanto os fetichistas da legalidade parecem crer. É o que assinala com pertinência Horácio Wanderlei Rodrigues,

[...] (a) o direito positivo é composto por normas que possuem um conteúdo impreciso. Em outras palavras, as normas jurídicas não possuem univocidade significativa; (b) os métodos de interpretação não são instrumentos suficientes para eliminar as imprecisões e descobrir o real conteúdo normativo; (c) todo ato de interpretação jurídica efetuado pelos órgãos aplicadores do Direito é um ato de criação jurídica e não simplesmente de elucidação do seu conteúdo intrínseco; (d) todas as interpretações lógicas possíveis de uma mesma norma jurídica possuem igual validade; (e) a opção do aplicador do Direito recai sempre, em cada caso concreto, sobre apenas uma das possíveis leituras da norma; e (f) a atribuição de sentidos unívocos às normas jurídicas é uma ficção que regra geral possui objetivos políticos. (2005, p. 99).

Importa concluir que, mesmo quando se entende que impera a legalidade, as possibilidades de construção de sentido são muito maiores do que se costuma reconhecer, de maneira que este espaço interpretativo constitui, por si só, um âmbito suficiente onde se pode construir, justamente, uma interpretação consensual, que atenda simultaneamente aos interesses legítimos das partes e da coletividade onde elas estão inseridas.

#### **5.5.1.2 Transações envolvendo o Poder Público e princípio da isonomia**

Quando a transação firmada entre Poder Público e administrado é apenas uma das possibilidades de atendimento aos interesses públicos e privados em jogo no caso concreto, situando-se a sua prática, portanto, na margem de discricionariedade concedida pela lei ao

Administrador Público, entende-se, predominantemente, que não resulta da norma autorizativa um direito do administrado a que seja celebrada a transação <sup>200</sup>.

Questão mais complexa se verifica, porém, quando, celebrada a transação com um determinado administrado, existam um ou mais que se encontrem em “situação jurídica absolutamente idêntica”, levando-se a indagar, conforme coloca Batista Júnior (2007, p. 469), se este(s) “não teria direito subjetivo à transação administrativa”. Para ele, “se a Administração adota uma solução para um caso e não a adota para outro, diante de situações absolutamente similares, ofendido restaria o princípio de isonomia.”

Compartilho do mesmo entendimento. Regida que é a atuação da Administração Pública pelos princípios da legalidade, da isonomia e da impessoalidade, entender em sentido diverso seria dar margem a todo tipo de arbítrio, o que afrontaria o regime jurídico constitucionalmente estabelecido para a relação entre o Poder Público e seus cidadãos.

Esta é uma das razões pelas quais aos acordos firmados na esfera administrativa deve ser dada a devida publicidade, justamente para firmar precedentes e garantir a sua aplicação isonômica a situações futuras.

#### **5.5.1.3 Do dever de avaliar a possibilidade de transigir em todo litúgio proposto contra o Poder Público**

Tendo em vista, como decorrência do princípio da razoável duração do processo, ser obrigação do Estado adotar meios tendentes à celeridade do processo administrativo e judicial, faz-se necessário que, **em todo e qualquer conflito**, ao invés da tendência institucionalizada no serviço público de se presumir que o Poder Público não comete erros e que a todo agente público cabe defender, com unhas e dentes, cada um dos seus atos pretéritos, **seja efetivamente realizada uma análise fática e jurídica da pretensão do cidadão ou ente privado, a fim de identificar, de forma responsável e criteriosa, as situações em que é conveniente ou mesmo obrigatório transigir.**

Tal dever decorre também dos princípios da eficiência e da proporcionalidade, que exigem que a atuação do Estado se realize da forma menos onerosa para os cofres públicos e que acarrete menos transtornos ou sacrifício de interesses legítimos dos particulares.

---

<sup>200</sup> É o entendimento, por exemplo, de Batista Júnior (2007, p. 469).

Evandro Gama (2005, p. 242) já se pronunciou neste sentido acerca dos litígios de competência dos Juizados Especiais Federais: “os PFNs têm o ‘dever-poder’ de buscar a conciliação e a transação com o contribuinte nos processos de competência dos Juizados Especiais Federais”. Para este advogado público, não cabe transpor de forma irrefletida a moldura do Direito Civil, que se assenta nos princípios da autonomia da vontade e da disponibilidade, para o Direito Público:

No campo do Direito Público, a conciliação e a transação deverão ser submetidas a regime jurídico próprio, cujo fundamento encontra-se na Constituição Brasileira, especialmente na parte pertinente à Administração Pública, diretamente subordinada aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (artigo 37, *caput*).

Assim, para ele, não existe discricionariedade no que pertine à celebração de transação por parte dos advogados públicos, pois existe “verdadeiro direito subjetivo do contribuinte” à transação, sempre que cabível (2005, p. 247), de modo que “caberá ao contribuinte avaliar a conveniência ou não de iniciar um procedimento de transação”.

Aliás, em pertinente análise que, embora feita no âmbito dos Juizados Especiais Federais, pode ser perfeitamente estendida para todos os litígios envolvendo o Poder Público, Gama demonstra como o interesse público impõe a realização de transação nos casos em que ficar evidenciada a plausibilidade jurídica do pleito:

[...] na situação sob apreciação, não há razão para o representante judicial da União deixar de empreender a transação, uma vez que o crédito a ser negociado será de livre disponibilidade do contribuinte-autor. Pelo contrário, tem o dever de negociar, sob pena de causar duplo prejuízo ao interesse público: à União, que deixará de ver reduzido possível débito que tenha com o autor; e à parte autora, que verá a prestação jurisdicional protelada, precisando esperar o trânsito em julgado da sentença para dispor de crédito que poderia entrar para seu patrimônio imediatamente.

Esta análise da plausibilidade jurídica do pedido, que não é, pois, uma faculdade, mas um dever de todo advogado público, deverá incluir:

- a) apuração criteriosa de fatos relevantes, na medida do possível temporal e economicamente (se o custo envolvido na apuração dos fatos chegar a pelo menos um terço do valor envolvido no pedido, o benefício decorrente dela parece ficar minimizado; da mesma forma, se o tempo requerido para tanto ultrapassar o tempo necessário para a instrução do processo);

- b) análise da doutrina e jurisprudência já existentes sobre o assunto, verificando-se se existe uma tendência dominante ou se a matéria ainda não está pacificada, bem como expedindo-se parecer à luz dos princípios constitucionais e legais aplicáveis;
- c) à luz dos fatos e argumentos jurídicos apurados, ponderação dos riscos envolvidos, a fim de avaliar a necessidade ou possibilidade de transação em cada caso.

Quando houver matéria fática a depender de maiores esclarecimentos durante a instrução, nova análise deverá ser realizada neste momento processual, assim como após a prolação de sentença e de decisão definitiva em cada uma das instâncias, já que a jurisprudência pode ter se modificado neste período.

Note-se que, nos casos envolvendo matéria eminentemente jurídica, quando já houver jurisprudência pacificada, a legislação em vigor, ao menos federal, já prevê possibilidades de não contestar, não recorrer e desistir de recurso interposto (vide, por exemplo, o artigo 4º. da Lei 9.469). Todavia, em caso de legislação recente, aguardar-se o pacificar da jurisprudência pode requerer vários anos, ao passo que a grande maioria dos órgãos públicos em nosso país possui um corpo jurídico qualificado apto a opinar sobre o mérito jurídico de uma pretensão formulada contra o Poder Público. Este potencial pode e deve ser utilizado para avaliar os riscos envolvidos em cada processo.

Registre-se ainda que, muito embora tal avaliação não seja utilizada para fins de tomada de decisões quanto à celebração de acordos, tanto a Advocacia-Geral da União (esta desde 2009) quanto a Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil (esta já há alguns anos) possuem normas administrativas que determinam a realização de avaliação de risco em cada processo judicial desde o momento em que ele é ajuizado, assim como após cada decisão relevante (sentença, julgamento em segunda e terceira instâncias)<sup>201</sup>.

Já quanto à matéria fática, em relação à qual a análise pode e deve ser acompanhada pela área técnica competente, sempre que for o caso, a inexistência de certeza tampouco deve ser encarada como obstáculo pleno à realização de transação, já que um juízo de significativa probabilidade também é suficiente para justificar um acordo, à luz dos princípios já referidos.

Se a matéria for incontroversa, o caminho a ser adotado, como se discorrerá a seguir, é o do reconhecimento do pedido. Se o pedido, porém, for composto de matéria incontroversa

---

<sup>201</sup> No caso do Banco Central do Brasil, a norma mais recente (e em vigor) sobre o tema é a Ordem de Serviço 4.374, de 2 de junho de 2008, emitida pelo Subprocurador-geral chefe do contencioso judicial da Procuradoria.



e controversa, razão assiste a Gama (2005, p. 246) quando este propõe: “a transação nesta hipótese sempre deverá se pautar pelo reconhecimento do PFN da parte incontroversa do pedido e pela renúncia parcial do autor, relativa à parte controversa.”

Quanto à parcela controversa, abre-se ao ente público a possibilidade, segundo bem aponta o mesmo autor (2005, p. 250), de

[...] negociar reduções no valor do débito, parcelamento do débito ou prazos maiores para efetivação do pagamento; reduziria os custos com a movimentação da máquina estatal (Poder Executivo e Judiciário); racionalizaria as atividades de defesa judicial, aumentando o tempo disponível dos representantes judiciais para se dedicarem às causas de grande valor econômico; e, além disso, aumentaria a legitimidade de suas ações perante os cidadãos.

#### 5.5.1.4 Do dever de transigir em determinadas situações

Parece evidente que, quando a análise fática e jurídica acima referida levar à conclusão inarredável de que a pretensão manejada pelo cidadão ou ente privado contra o Poder Público efetivamente apresenta consistência, ainda que parcial, e revela a existência efetiva de um direito, não parece haver outra consequência juridicamente admissível que não o **dever de reconhecimento, total ou parcial, do pedido do autor**. Esta postura, além de ser a única condizente com os princípios da legalidade e da moralidade, é também a única condizente com os princípios da eficiência, da razoabilidade da duração do processo e do acesso à justiça, pois evitará que incidam sobre o débito acréscimos moratórios decorrentes da morosidade do processo judicial, e permitirá o encerramento antecipado do litígio, aliviando o Judiciário da sobrecarga desnecessária representada pelo julgamento de inúmeros feitos em que resta vencido o Poder Público.

Cabe aqui transcrever as pertinentes observações de Dias (2005, p. 510-511) sobre o tema:

Estamos cientes da existência de uma certa resistência natural à idéia da possibilidade da conciliação por parte da Administração Pública, uma vez que se trata de modo de composição de litígios tradicionalmente restrito aos casos em que estejam em jogo direitos patrimoniais disponíveis.

De fato, com base na arraigada idéia da indisponibilidade do interesse público, por muito tempo se pensou existir uma dicotomia irreconciliável entre o interesse público e o particular. Com efeito, ao dar elastério exagerado ao conceito de *publicum res*, tolheu-se uma parcela considerável

do desfrute não só do direito material em si, mas principalmente do seu reconhecimento e exercício.

[...] quando a pretensão da pessoa privada encontra amparo no ordenamento jurídico, somos forçados a concluir que a mesma se coaduna com o interesse público, que nada mais é que a realização da Justiça e que, conseqüentemente, o interesse público e o interesse particular não são antinomias em permanente estado de colisão.

[...] Há, nesses casos, coincidência do interesse público e privado, vez que inexistente efetivamente uma lide e o reconhecimento do direito do autor não representa dano ao interesse público.

Ademais, o reconhecimento do pedido do autor representa também uma economia de recursos para a Administração Pública, evitando-se, como lembram Campos e outros (2005, p. 70), “a majoração dos consectários da condenação decorrentes do adiamento da solução da lide. A demora no pagamento causada pelo prolongamento do processo faz aumentar o valor da dívida, principalmente no que se refere aos juros devidos.”

Se o pedido foi formulado em sede administrativa, é possível evitar estes custos adicionais por completo, envolvendo ainda custas processuais e honorários advocatícios.

Os argumentos daqueles que contam com a possibilidade de que, ao litigar em juízo, a parte privada possa perder um prazo ou não ter capacidade de manejar argumentos e provas de forma consistente o suficiente para fazer valer sua pretensão, o que pode vir a resultar numa vitória processual do Poder Público mesmo que sua conduta esteja em desacordo com o direito material, são de um cinismo e uma falta de ética tão deploráveis que dispensam comentários – sendo de se lamentar que tal postura (embora não expressa em público) ainda exista em meio a órgãos da Advocacia de Estado, sustentados pelos contribuintes brasileiros.

O reconhecimento total ou parcial do pedido do autor, em sede administrativa ou judicial, em situações onde ficar evidenciada a legitimidade jurídica de sua pretensão, é, assim, **ato vinculado**, não cabendo, no caso, quaisquer considerações de oportunidade e conveniência, que implicariam em puro e simples descumprimento da ordem jurídica emanada do próprio Estado.

No mesmo sentido, cabe referendar ainda o pensamento de Evandro Gama (2005, p. 245), para quem, nas ações de competência dos Juizados Especiais Federais, “quando o PFN [Procurador da Fazenda Nacional] se deparar com ato administrativo fiscal ilegal, por dever constitucional, deverá reconhecer a procedência do pedido inicial em petição simples, fundamentado nas informações e documentos fornecidos pela autoridade fiscal.” Para este

autor, a hipótese em tela não se autoriza sequer a celebração de transação, que feriria ademais o princípio da moralidade (2005, p. 245): “admitir que o Procurador da Fazenda Nacional possa condicionar o reconhecimento da ilegalidade do ato administrativo fiscal à renúncia do contribuinte de parte de seu direito afrontaria o princípio da boa-fé”.

### **5.5.2 Propostas de modificação da Lei 9.469/97 e de legislação nacional para entes públicos federais, estaduais, distritais e municipais**

Numa consolidação do que já foi exposto acerca da necessidade do suprimento de lacunas normativas e aprimoramento da legislação existente sobre a celebração de acordos em processos judiciais envolvendo entes públicos, julgo proveitoso sintetizar os diversos pontos que poderiam ser objeto de previsão expressa, de preferência mesmo em legislação de conteúdo nacional (isto é, destinada a União, Estados, Distrito Federal e Municípios), já que é competência privativa da União legislar sobre direito processual e estabelecer normas gerais sobre procedimentos em matéria processual. Deixo claro, porém, meu entendimento de que todos estes pontos poderiam perfeitamente ser objeto de normas administrativas internas dos órgãos da Advocacia de Estado, muito embora sua previsão em lei federal servisse tanto para dar maior estabilidade ao assunto como para concretizar de forma mais abrangente os princípios da legalidade, da isonomia, da eficiência e da razoabilidade da duração do processo judicial. De todo modo, fica sempre a possibilidade de que a lei traga diretrizes gerais e que cada órgão da Advocacia de Estado venha a detalhar procedimentos em seu âmbito interno. Sobre a importância da previsão expressa, em nível normativo, do cabimento e critérios para a transação no âmbito de órgãos públicos, já se discorreu no item 5.4.

Devem constar da legislação acerca do assunto, no mínimo:

- a) previsão do dever de avaliação de riscos de sucumbência toda vez que o Poder Público estiver no polo passivo de uma ação, bem assim do dever de análise das chances de êxito (não apenas no sentido de ganho processual, mas também no sentido de ganho econômico) em todas as hipóteses de possível ajuizamento de uma ação por ente público;
- b) previsão de que a avaliação de riscos deverá contemplar análise fática e jurídica, devendo ser realizada logo no início do processo, bem como sempre que houver qualquer novo elemento relevante (como, em matéria de direito, a edição de nova

Súmula Vinculante do STF, Súmula ou parecer vinculante da AGU ou Súmulas de tribunais em geral, bem assim toda vez que houver decisão definitiva em cada instância judicial e, em matéria de fato, após o encerramento da instrução processual ou a produção de qualquer prova suficiente para esclarecer a controvérsia fática);

- c) previsão de que a análise dos riscos em matéria fática deve ser realizada em conjunto com a(s) área(s) técnica(s) competente(s) no assunto, e de que a análise de riscos jurídicos deve ser realizada por comitê constituído para tal fim em cada órgão da Advocacia de Estado, do qual devem participar necessariamente advogados que atuam junto a tribunais superiores e advogados que atuam na esfera consultiva relativa ao direito material aplicável ao caso;
- d) previsão do dever de reconhecimento do pedido, de não interposição ou desistência de recurso em caso de matéria que se verifique incontroversa já no início da ação ou durante o seu curso, conforme o caso, conforme parecer do **comitê de avaliação de risco** e do advogado atuante no caso;
- e) previsão do dever de tentativa de celebração de transação em matéria controversa, sempre que se verificar risco significativo de perda (aí entendido o risco superior a 60%, conforme critérios de avaliação de risco a serem regulamentados);
- f) previsão do dever de fundamentar a celebração (ou não) de transação, em determinados momentos processuais específicos (durante a audiência de conciliação, após a sentença ou decisão de segunda ou terceira instância desfavorável ao Poder Público);
- g) previsão de responsabilização do advogado atuante no caso e da chefia imediata pelos acréscimos decorrentes da ausência de tentativa de celebração de transação quando esta teria sido altamente recomendável, conforme percentuais de risco identificados pelo comitê de avaliação de risco;
- h) previsão de publicação dos extratos de acordos celebrados no sítio eletrônico do(s) órgão(s) envolvido(s) e no jornal oficial correspondente.

## VI - MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

A mediação ou a conciliação de conflitos relacionados a políticas públicas na esfera administrativa pode ser utilizada numa grande variedade de situações.

Para Batista Júnior (2007, p. 488), que enquadra a transação para encerrar litígios na esfera administrativa como uma espécie de “contrato administrativo alternativo”<sup>202</sup>, não existe necessidade de prévia autorização legislativa para que o administrador público que detém a competência para atuar em determinada matéria, expedindo atos administrativos em seu mister, opte pela utilização, em substituição ou em preparação ao ato administrativo, de contratos administrativos, sempre que, por esta via, for melhor assegurada a proteção aos diversos interesses públicos em jogo<sup>203</sup>.

Vale transcrever, mais uma vez, as suas lições:

[...] em um Estado Democrático de Direito (eficiente, pluralista e participativo), o contrato administrativo deve ter a mesma dignidade do ato administrativo como instrumento de constituição, modificação e extinção de relações jurídico-administrativas. Em um Estado, como o Brasil, que esboça uma administração pública consensual mais democrática, deve-se considerar implícita uma base de legalidade formal para a celebração de contratos administrativos alternativos nas normas de competência material que não imponham, expressa ou implicitamente, a forma de ato administrativo para a produção dos efeitos de direito. (2007, p. 489).

Essa possibilidade genérica de celebrar um contrato administrativo em substituição a um ato administrativo, porém, somente existe, para Batista Júnior (2007, p. 490), “quando o contrato não está afastando determinações genéricas de lei, mas está sendo celebrado nas margens de discricionariedade abertas para emanção de ato administrativo”, e não existe se houver vedação legal. Trata-se da hipótese, por exemplo, em que a Administração, no exercício de seu poder de polícia, deixa de aplicar uma penalidade, optando pela celebração de um termo de ajustamento de conduta com o administrado. Para que a aplicação pura e simples da penalidade deixe de ocorrer, sendo substituída pela celebração de transação com o

---

<sup>202</sup> Segue a definição do autor de tal contrato: “contrato administrativo alternativo é contrato vinculante, de subordinação, pelo qual **a Administração e administrados, mediante concessões recíprocas, preparam os termos ou efetivamente constituem, modificam ou extinguem relação jurídica típica de direito administrativo, no intuito de** possibilitar uma atuação consensual mais democrática da Administração, alternativa à emanção de ato unilateral imperativo, ou de **prevenir ou terminar controvérsias, buscando, assim, maior eficiência na atuação administrativa**, quando desenvolvida com a colaboração do administrado.” (2007, p. 527 – grifei).

<sup>203</sup> Afirma ele, textualmente: “Para que o administrador público possa utilizar o contrato administrativo como forma de atuação, não é preciso que a lei expressamente atribua competência para manejo da via concertada.”

suposto infrator, é necessária prévia autorização normativa. Também não faz sentido, por evidente, a celebração de contrato administrativo, segundo ele (2007, p. 492), tendo por “objeto a disciplina de matérias pertencentes ao foro interno da Administração” ou, ainda, “cujo objeto não seja do interesse direto e pessoal do administrado.”

Já nas hipóteses que o autor denomina de contrato alternativo preparatório e de contrato de acerto, não é necessária previsão normativa expressa, eis que eles não substituem o ato administrativo que será emitido pela Administração ao final, apenas dispõem acerca de parcela do seu conteúdo. Como eles não pressupõem a existência de litígio com o administrado, mas certamente o previnem, deixarei de abordá-las aqui <sup>204</sup>.

Os meios consensuais de solução de conflitos tanto podem ser utilizados quando um dos envolvidos no conflito é um ente público e o outro é um particular, como é muito comum ocorrer nos processos de fiscalização e licenciamento, como nos processos envolvendo a reparação de danos decorrentes da lesão a bens de interesse público.

Podem ser utilizados também nas situações em que estão envolvidos no conflito, que pode vir a ensejar a atuação fiscalizatória do ente público, usuário e prestador de serviços de natureza privada, como é típico no procedimento administrativo desencadeado nas agências reguladoras a partir das reclamações de usuários. Ressalte-se que, nessa última hipótese, quando não ficar caracterizada a violação de norma apta a desencadear o exercício do poder de polícia, o próprio ente público regulador pode atuar como mediador do conflito.

Ainda, é possível a utilização de meios consensuais no processo disciplinar em que a pequenagravidade da possível infração praticada pelo servidor público recomenda uma solução mais voltada à adequação da conduta que à punição pura e simples do servidor, como vem ocorrendo, por exemplo, no Município de Belo Horizonte.

É perfeitamente cabível, do mesmo modo, a utilização de meios consensuais para resolução de eventual conflito quanto ao valor do imóvel no procedimento de desapropriação, como vem fazendo o Município de São Paulo.

Por fim, embora a pesquisa não tenha identificado uma única iniciativa neste sentido, é plenamente plausível (e altamente recomendável) a utilização de meios consensuais para solucionar conflitos entre Administração Pública e cidadão ou ente privado em qualquer

---

<sup>204</sup> Para saber mais, vide último capítulo da obra “Transações administrativas” (SP: Quartier Latin, 2007).

processo individual onde seja exercido o direito de petição, seja para requerer a prática, modificação, anulação ou revogação de um ato, seja para requerer uma indenização por dano decorrente de atuação do Poder Público.

Passo a explorar com mais vagar cada uma destas possibilidades.

### **6.1 Processo individual desencadeado pela Administração Pública (decorrente de fiscalização de ofício, representação de cidadão ou reclamação de usuário do serviço público ou fiscalizado)**

A atuação do Poder Público na proteção de interesses essenciais (assim resguardados pela ordem jurídica) e de titularidade genérica (como a proteção do meio ambiente, da saúde ou da segurança pública) envolve, em inúmeras situações, a limitação a interesses de titularidade individual, seja na esfera da propriedade, seja em alguma espécie de liberdade, tal como se dá comumente com a livre iniciativa ou a liberdade de exercício de profissão. Trata-se do “famoso” poder de polícia, que apresenta duas facetas (preventiva e repressiva), ambas igualmente férteis no potencial para o surgimento de conflitos.

Podem, assim, surgir conflitos nesta seara seja na faceta preventiva, durante o processo de licenciamento ou autorização de empreendimentos ou atividades, seja na faceta punitiva, que diz respeito à aplicação de sanções quando da verificação de condutas que afrontam normas de proteção a interesses gerais, causando risco ou dano concreto a bens jurídicos da coletividade. Passo a me concentrar, por ora, nesta última.

Em inúmeras situações concretas nas quais, em tese, pode ser desencadeada a atuação sancionadora do Estado, estão presentes, em certa medida, variáveis com acentuada complexidade técnica e incerteza científica objetiva que levam o particular a questionar seja a legalidade ou a constitucionalidade da norma regulamentar que disciplina o assunto, seja a interpretação que a ela está sendo dada pelo ente fiscalizador. A par dos parâmetros normativos, contudo, e da segurança jurídica que se pretende seja por eles proporcionada, é preciso lembrar sempre que os interesses da coletividade que a norma busca proteger são por demais relevantes e devem ter um peso decisivo na controvérsia.

Não é por outra razão, aliás, que as normas sancionadoras costumam conceder ao administrador uma margem razoável de discricionariedade, com a finalidade de propiciar, por

evidente, não uma atuação arbitrária, mas o sopesamento dos inúmeros fatores concretos que podem ter influenciado na conduta do particular.

Refoge ao escopo deste trabalho demonstrar – o que já têm feito diversos publicistas de escol – como é possível e necessário construir pautas objetivas de justificação das escolhas discricionárias da Administração Pública, pautas que contribuem para tornar ainda mais evidente o grau de complexidade envolvido em tais escolhas.

Incontáveis conflitos que surgem no que diz respeito à proteção ambiental, para ficar no exemplo mais óbvio, envolvem questões técnicas de imensurável complexidade, para cujo desate, muitas vezes, ainda serão necessários muitos estudos e pesquisas científicas futuras.

Em determinadas situações, contudo, a dificuldade reside pura e simplesmente na apuração de dados que permitam mensurar a gravidade de um impacto ambiental já ocorrido e, assim, identificar a técnica, o custo e o tempo necessários para mitigá-lo.

Em hipóteses como estas, o diálogo entre o ente fiscalizador e o particular fiscalizado pode e deve se iniciar no âmbito do esclarecimento das controvérsias fáticas e científicas envolvidas, seja para escolher o(s) especialista(s) que emitirão um parecer ou levantarão os dados pertinentes, seja no que diz respeito à metodologia empregada para tal fim, seja ainda, evidentemente, na definição dos dados relevantes a serem apurados e/ou avaliados.

Em outros casos, ainda, a dificuldade é de fácil solução sob o aspecto técnico, porém a sua viabilização econômica pelo particular requer algum fôlego, em especial quando se trata de norma ambiental recente e de empreendimentos sensíveis sob o ponto de vista social.

O que todas estas diferentes circunstâncias apresentam em comum é a imperiosa necessidade de construção de uma solução adequada na qual colaborem entes públicos, particulares envolvidos em possível risco ou dano ambiental e a comunidade afetada.

A admissibilidade de busca de uma solução consensual já está claramente prevista em nosso ordenamento em diversas leis e normas regulamentares, notadamente desde a Lei 8.078/90, que incluiu o parágrafo 6º. no artigo 5º. da Lei da Ação Civil Pública:

Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Órgãos públicos legitimados, como se sabe, segundo o artigo 5º. da mesma lei, são o Ministério Público, a Defensoria Pública (esta desde a Lei 11.448/2007), a União, Estados,



Distrito Federal, Municípios e os respectivos entes da Administração indireta nas quatro esferas.

Resta, assim, expressamente admitida em nosso ordenamento a celebração de transações visando garantir a adequação de conduta de ente público ou particular em conflitos envolvendo os interesses protegidos pela Lei da Ação Civil Pública, tal como dispõe o artigo 1º. da Lei 7.347/85:

- I – meio ambiente;
- II – proteção do consumidor;
- III – ordem urbanística;
- IV – bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- V – proteção da ordem econômica e da economia popular.

Cabe referir que a possibilidade de celebração de compromisso de ajuste de conduta, pondo fim a conflitos que envolvem o cumprimento de obrigações ambientais, também está prevista na Lei 9.605/98, com os acréscimos que lhe foram feitos pela Medida Provisória nº 2.163-41, de 23.8.2001:

Artigo 79-A. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores.

§ 1º. O termo de compromisso a que se refere este artigo destinar-se-á, exclusivamente, a **permitir que as pessoas físicas e jurídicas mencionadas no caput possam promover as necessárias correções de suas atividades, para o atendimento das exigências impostas pelas autoridades ambientais competentes**, sendo obrigatório que o respectivo instrumento disponha sobre:

- I - o nome, a qualificação e o endereço das partes compromissadas e dos respectivos representantes legais;
- II - o prazo de vigência do compromisso, que, em função da complexidade das obrigações nele fixadas, poderá variar entre o mínimo de noventa dias e o máximo de três anos, com possibilidade de prorrogação por igual período;
- III - a descrição detalhada de seu objeto, o valor do investimento previsto e o cronograma físico de execução e de implantação das obras e serviços exigidos, com metas trimestrais a serem atingidas;
- IV - as multas que podem ser aplicadas à pessoa física ou jurídica compromissada e os casos de rescisão, em decorrência do não-cumprimento das obrigações nele pactuadas;

V - o valor da multa de que trata o inciso IV não poderá ser superior ao valor do investimento previsto;

VI - o foro competente para dirimir litígios entre as partes.

[...]

§ 5º. Considera-se rescindido de pleno direito o termo de compromisso, quando descumprida qualquer de suas cláusulas, ressalvado o caso fortuito ou de força maior.

§ 6º. O termo de compromisso deverá ser firmado em até noventa dias, contados da protocolização do requerimento.

§ 7º. O requerimento de celebração do termo de compromisso deverá conter as informações necessárias à verificação da sua viabilidade técnica e jurídica, sob pena de indeferimento do plano.

§ 8º. Sob pena de ineficácia, os termos de compromisso deverão ser publicados no órgão oficial competente, mediante extrato. (grifei).

No plano da proteção à ordem econômica, a Lei 8.884/94 incluiu (artigo 14) entre as competências da Secretaria de Direito Econômico do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica):

[...]

IX – celebrar, nas condições que estabelecer, compromisso de cessação, submetendo-o ao CADE, e fiscalizar o seu cumprimento.

O chamado “compromisso de cessação” corresponde ao “termo de ajustamento de conduta” na esfera do CADE. As hipóteses de cabimento do ajuste e o procedimento para exigibilidade de seu cumprimento encontram-se detalhados no artigo 53, com a redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007:

**Em qualquer das espécies de processo administrativo, o CADE poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que atende aos interesses protegidos por lei.**

§ 1º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos:

I - a especificação das obrigações do representado para fazer cessar a prática investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis;

**II - a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas;**

**III - a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível.**

§ 2º. Tratando-se da investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I, II, III ou VIII do *caput* do artigo 21 desta Lei, entre as obrigações a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no artigo 23 desta Lei.

§ 3º. A celebração do termo de compromisso poderá ser proposta até o início da sessão de julgamento do processo administrativo relativo à prática investigada.

[...]

§ 5º. O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado se atendidas todas as condições estabelecidas no termo.

§ 6º. A suspensão do processo administrativo a que se refere o § 5º deste artigo dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados.

§ 7º. Declarado o descumprimento do compromisso, o CADE aplicará as sanções nele previstas e determinará o prosseguimento do processo administrativo e as demais medidas administrativas e judiciais cabíveis para sua execução.

**§ 8º. As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo CADE se se comprovar sua excessiva onerosidade para o representado, desde que a alteração não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade.**

**§ 9º. O CADE definirá, em resolução, normas complementares sobre cabimento, tempo e modo da celebração do termo de compromisso de cessação.** (grifei).

A competência para assinar o acordo em questão inclui-se entre as atribuições do Presidente do CADE (artigo 8º., VII). Este acordo, segundo o parágrafo 4º. do artigo 53 da mesma norma, constitui título executivo, cujo cumprimento, segundo o parágrafo único do artigo 12, pode e deve ser exigido pelo Ministério Público Federal. A implementação prática de tal procedimento foi objeto de uma das entrevistas da pesquisa de campo no Brasil descrita no apêndice 1 (item 1.3.4).

Vale referir também que, no âmbito da supervisão das infrações à ordem econômica, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) pode celebrar, com as pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de tais infrações e decidam colaborar com as investigações, possibilitando a obtenção de provas e/ou a identificação dos demais autores, acordo de leniência, mediante o qual a penalidade para os denuncianteiros fica afastada ou reduzida. Trata-se de instituto semelhante à delação premiada, que se encontra previsto nos artigos 35-B e 35-C da Lei nº. 8.884, de 1994 (acrescidos a ela pela Lei nº. 10.149, de 2000).

Ainda no plano da ordem econômica, mas especificamente no que se refere à fiscalização das empresas e entidades que atuam no mercado de valores mobiliários, a Lei 6.385, de 1976, prevê, em seu artigo 11, que trata das diversas penalidades aplicáveis nesta matéria:

§ 5º. A Comissão de Valores Mobiliários poderá, a seu exclusivo critério, se o interesse público permitir, suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo instaurado para a apuração de infrações da legislação do

mercado de valores mobiliários, se o investigado ou acusado assinar termo de compromisso, obrigando-se a:

I – cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos pela Comissão de Valores Mobiliários; e

II – corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos.

§ 6º. O compromisso a que se refere o parágrafo anterior não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.

§ 7º. O termo de compromisso deverá ser publicado no Diário Oficial da União, discriminando o prazo para cumprimento das obrigações eventualmente assumidas, e constituirá título executivo extrajudicial.

§ 8º. Não cumpridas as obrigações no prazo, a Comissão de Valores Mobiliários dará continuidade ao procedimento administrativo anteriormente suspenso, para a aplicação das penalidades cabíveis.

§ 9º. Serão considerados, na aplicação de penalidades previstas na lei, o arrependimento eficaz e o arrependimento posterior ou a circunstância de qualquer pessoa, espontaneamente, confessar ilícito ou prestar informações relativas à sua materialidade.

A fim de dar efetividade a tal norma, a Deliberação CVM 486, de 2005, criou o “Comitê de Termo de Compromisso”, encarregado de emitir parecer acerca da celebração de tais ajustes, podendo, antes da elaboração de seu parecer, negociar com o proponente as condições da proposta de termo de compromisso, sugerindo as alterações que entenda pertinentes para o seu aprimoramento. Como relata Cuêva (2007, p. 300), até 2 de julho de 2007,

[...] haviam sido celebrados 104 termos de compromisso pela autarquia, dos quais 67 foram cumpridos, arquivando-se o processo em relação aos compromitentes, e 36 encontravam-se em cumprimento, tendo apenas um deles sido descumprido. Vale lembrar que, entre maio de 2006 e maio de 2007, a CVM celebrou nada menos que 50 termos de compromisso.

E prossegue ele:

Esse notável sucesso pode também ser atribuído à flexibilidade com que têm sido moldados os termos de compromisso celebrados pela CVM, cujas cláusulas, em muitos casos, não se limitam à cessação da prática, à correção das irregularidades ou à indenização dos danos por elas causados, mas visam também à prevenção das irregularidades e à reparação às lesões aos direitos difusos ou coletivos envolvidos.

Também Santos (2010) relata que a atuação do Comitê de Termo de Compromisso no âmbito da CVM, órgão integrado pelo Superintendente-Geral, por vários outros Superintendentes e pelo Chefe da Procuradoria Federal junto à CVM, redundou, a partir de 2005, “em um sensível incremento da qualidade e da quantidade dos termos de compromisso celebrados”, pois, “antes do ano de 2005, foram celebrados, em média, 5 (cinco) ajustes por ano, enquanto, no ano de 2008, por exemplo, foram celebrados 64 (sessenta e quatro) termos,

envolvendo 471 (quatrocentos e setenta e um) interessados.” Santos relata que alguns dos termos de compromisso são firmados, inclusive, em conjunto com o Ministério Público Federal, a partir de um termo de cooperação firmado entre CVM e MPF em 8 de maio de 2008, tendo alguns acordos previsto “a destinação de recursos recebidos a título de desestímulo de condutas semelhantes ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos”. Além da economia de tempo e recursos propiciada com a utilização do instituto, com a “possibilidade de se ressarcir todos os lesados pelas práticas reputadas ilícitas com especiais celeridade e efetividade”, o autor aponta que o instrumento é também muito vantajoso em razão das “evidentes dificuldades estatais relacionadas com o tema da prova” neste tipo de ilícito.

Tendo em vista que a Lei 7.347, de 1985, só tratou do ajuste de conduta na esfera do meio ambiente (em sentido amplo, abrangendo patrimônio histórico, cultural, paisagístico, etc), da proteção do consumidor e da ordem econômica, poderiam surgir dúvidas sobre se a mesma possibilidade de ajuste existe no que se refere a outras matérias, como as normas de proteção à saúde (envolvendo, por exemplo, a vigilância sanitária), de regulação do exercício de profissões, de proteção da pessoa portadora de deficiência, de proteção contra qualquer forma de discriminação ou, ainda, as normas que regulam os serviços de educação ou a prestação de serviços públicos em geral.

Em nível federal, a questão pode perfeitamente ser respondida a partir da leitura do artigo 2º. da Lei 9.784, de 1999, que regula o processo administrativo nesta esfera e estipula, entre os critérios que deverão nortear o processo administrativo, o seguinte: “VI – adequação entre meios e fins, **vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público**” (grifei).

A par desta previsão genérica, existem, contudo, diversas outras normas de hierarquia de lei ordinária, bem como normas regulamentares expedidas no campo da regulação de serviços de interesse público (que mencionarei no item seguinte), que têm consagrado expressamente a possibilidade de transação, ainda que a possibilidade não tenha sido prevista já na legislação que definiu as atribuições da agência reguladora ou órgão de supervisão.

Um exemplo significativo de previsão normativa é o que consta do Estatuto da Criança e do Adolescente, primeira norma que previu o termo de ajustamento de conduta em nosso ordenamento:

Artigo 211. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Norma similar veio prevista no Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), cujo artigo 74 inclui entre as atribuições do Ministério Público: “X – referendar transações envolvendo interesses e direitos dos idosos previstos nesta lei.”

Na esfera trabalhista, com relação a normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador, existe previsão expressa na CLT a respeito, no artigo 627-A, introduzido pela Medida Provisória nº. 2.164-41, de 2001:

Poderá ser instaurado procedimento especial para a ação fiscal, objetivando a orientação sobre o cumprimento das leis de proteção ao trabalho, bem como a prevenção e o saneamento de infrações à legislação mediante Termo de Compromisso, na forma a ser disciplinada no Regulamento da Inspeção do Trabalho.

A norma em questão foi regulamentada pelo Decreto nº. 4.552, de 2002, nos seguintes termos:

Artigo 28. O procedimento especial para a ação fiscal poderá ser instaurado pelo Auditor-Fiscal do Trabalho quando concluir pela ocorrência de motivo grave ou relevante que impossibilite ou dificulte o cumprimento da legislação trabalhista por pessoas ou setor econômico sujeito à inspeção do trabalho, com a anuência da chefia imediata.

[...]

§ 3º. O procedimento especial para a ação fiscal destinado à prevenção ou saneamento de infrações à legislação poderá resultar na lavratura de termo de compromisso que estipule as obrigações assumidas pelo compromissado e os prazos para seu cumprimento.

§ 4º. Durante o prazo fixado no termo, o compromissado poderá ser fiscalizado para verificação de seu cumprimento, sem prejuízo da ação fiscal em atributos não contemplados no referido termo.

§ 5º. Quando o procedimento especial para a ação fiscal for frustrado pelo não-atendimento da convocação, pela recusa de firmar termo de compromisso ou pelo descumprimento de qualquer cláusula compromissada, serão lavrados, de imediato, os respectivos autos de infração, e poderá ser encaminhado relatório circunstanciado ao Ministério Público do Trabalho.

§ 6º. Não se aplica o procedimento especial de saneamento às situações de grave e iminente risco à saúde ou à integridade física do trabalhador.

Além de ser possível a celebração de termo de ajuste de conduta no âmbito do próprio Poder Executivo, como autoriza a norma transcrita, idêntica competência possui o Ministério Público do Trabalho, conforme se verifica do artigo 876 da CLT, na redação que lhe foi dada pela Lei nº. 9.958, de 12.1.2000:

As decisões passadas em julgado ou das quais não tenha havido recurso com efeito suspensivo; os acordos, quando não cumpridos; **os termos de ajuste**

**de conduta firmados perante o Ministério Público do Trabalho** e os termos de conciliação firmados perante as Comissões de Conciliação Prévia serão executados pela forma estabelecida neste capítulo.

Um outro exemplo de previsão normativa para a celebração de uma espécie de transação na esfera administrativa, em hipótese de cometimento de irregularidade administrativa, se encontra no Decreto 5.773, de 2006, que disciplina a atividade de supervisão do Ministério da Educação no âmbito do ensino superior. Em caso de representação realizada por órgãos representativos de alunos, professores ou de pessoal técnico-administrativo por “irregularidades no funcionamento de instituição ou curso superior” (artigo 46), cabe à Secretaria competente (de Educação Superior, de Educação Profissional e Tecnológica ou de Educação à Distância) dar ciência da representação à instituição, “que poderá, em dez dias, manifestar-se previamente pela insubsistência da representação ou requerer a concessão de **prazo para saneamento de deficiências**, nos termos do artigo 46, § 1º, da Lei nº. 9.394, de 1996” <sup>205</sup> (artigo 47 – grifei). Os artigos 48 e seguintes detalham os procedimentos subsequentes:

Na hipótese da determinação de saneamento de deficiências, o Secretário exará despacho, devidamente motivado, especificando as deficiências identificadas, bem como as providências para sua correção efetiva, em prazo fixado.

§ 1º. A instituição poderá impugnar, em dez dias, as medidas determinadas ou o prazo fixado.

§ 2º. O Secretário apreciará a impugnação e decidirá pela manutenção das providências de saneamento e do prazo ou pela adaptação das providências e do respectivo prazo, não cabendo novo recurso dessa decisão.

§ 3º. O prazo para saneamento de deficiências não poderá ser superior a doze meses, contados do despacho referido no *caput*.

[...]

Artigo 49. Esgotado o prazo para saneamento de deficiências, a Secretaria competente poderá realizar verificação *in loco*, visando comprovar o efetivo saneamento das deficiências.

Parágrafo único. O Secretário apreciará os elementos do processo e decidirá

<sup>205</sup> Note-se que, ao contrário do que afirma este dispositivo do Decreto, o artigo 46, § 1º, da Lei 9.394, de 1996 (LDB) não trata de processo de representação contra instituição de ensino, mas sim de necessidade de saneamento de deficiências apurada em processo de avaliação da instituição, como se vê do texto do dispositivo da lei:

Artigo 46. A autorização e o reconhecimento de cursos, bem como o credenciamento de instituições de educação superior, terão prazos limitados, sendo renovados, periodicamente, após processo regular de avaliação.

§ 1º Após um prazo para saneamento de deficiências eventualmente identificadas pela avaliação a que se refere este artigo, haverá reavaliação, que poderá resultar, conforme o caso, em desativação de cursos e habilitações, em intervenção na instituição, em suspensão temporária de prerrogativas da autonomia, ou em credenciamento.

sobre o saneamento das deficiências.

Artigo 50. Não saneadas as deficiências ou admitida de imediato a representação, será instaurado processo administrativo para aplicação de penalidades, mediante portaria do Secretário, da qual constarão:

[...]

III - informação sobre a concessão de prazo para saneamento de deficiências e as condições de seu descumprimento ou cumprimento insuficiente.

Na matéria em tela, fica claro, assim, que, em caso de irregularidades de menor gravidade e cujo saneamento se entenda possível com relativa facilidade, ao invés de ocorrer a aplicação de penalidades, pode ocorrer a celebração de ajuste específico entre instituição fiscalizada e ente fiscalizador.

Vale destacar novamente a lição de Batista Júnior (2007, p. 361), cuja tese de Doutorado na UFMG versou especificamente sobre a possibilidade de transações na esfera administrativa:

O ordenamento jurídico brasileiro não determina que a Administração deva exercer seus poderes apenas de forma imperativa e unilateral, mas, ao contrário, prestigia a participação do administrado e as soluções concertadas. Se a Administração, em reverência ao princípio da eficiência administrativa, pode bem cumprir seus fins sem se valer, imperativamente, da prerrogativa de impor condutas aos administrados, por certo deve poder atuar, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, da forma menos invasiva à esfera de liberdade dos indivíduos.

### **6.1.1 A solução de conflitos pelas agências reguladoras**

No âmbito das agências reguladoras, é ainda mais comum a previsão de utilização de meios consensuais (ou mesmo da arbitragem) para solução de conflitos entre usuários e concessionárias prestadores de serviços, bem como envolvendo concessionárias entre si.

A atuação de tais agências merece um item à parte porque, no caso dos conflitos por elas resolvidos, muito embora exista uma interação com o poder de polícia – pois o conflito entre usuário e prestador do serviço pode resultar na verificação de uma infração e acabar resultando na aplicação de uma penalidade – isto não ocorre necessariamente (em especial nos conflitos entre prestadores), de modo que, em muitas situações, a concessionária está numa posição de equidistância em relação às partes, que lhe propicia uma condição ideal para resolver tais conflitos. Como anota Barroso (2006, p. 80), “as agências reguladoras costumam ser autorizadas por lei a dirimir tanto controvérsias nas quais o poder concedente é parte [...]



quanto as que se instaurem entre dois ou mais particulares, sejam concessionários ou empresas do setor, seja entre essas empresas e seus usuários”.

No exercício desta competência, como muito bem observa Leila Cuéllar (2008, p. 65), “as agências devem tentar resolver as controvérsias amigavelmente (procurando inicialmente a conciliação de interesses) e suas decisões serão sempre passíveis de revisão pelo Poder Judiciário”.

No mesmo sentido a opinião de Mastrangelo (2005, p. 71):

Trata-se de função destinada à própria tutela dos destinatários do serviço público, que tem amparo no direito comparado. Nessa esteira, invoque-se a Resolução nº. 39/248, de 16/04/1985, da Assembléia Geral das Nações Unidas, que, entre as ‘Diretrizes para proteção do consumidor’, concitou os governos ao encorajamento de ‘todos os empreendimentos a resolverem os conflitos com consumidores de modo justo, rápido e informal, e estabelecer mecanismos-modelo, incluindo serviços consultivos e procedimentos de queixas informais, os quais podem fornecer ajuda aos consumidores’ (item 29).

Registre-se, ainda, a opinião de Kátia Junqueira, em artigo dedicado exatamente a este tema:

Na atuação das agências reguladoras como mediadoras, destacamos uma grande oportunidade nas reclamações de usuários contra os delegatários dos serviços públicos, sendo fundamental uma atuação ágil e adequada dos reguladores na solução desses litígios [...]

fica evidenciada a vocação natural do regulador para atuar como mediador de conflitos e é certo que, dentro do conceito de autonomia funcional e administrativa e de equidistância de interesses e, portanto, de imparcialidade em que deve se pautar a atuação do regulador, a solução de conflitos por meio do instituto da mediação é um meio adequado de atuar das agências reguladoras. (2009, p. 2).

Ademais, a possibilidade de utilização de meios conciliatórios é recomendável no seio das agências regulatórias da mesma forma que o é para todos os órgãos integrantes da Administração Pública. Como bem anota Romeu Bacellar (2007, p. 193):

A Administração Pública pode celebrar acordos e transacionar a fim de evitar litígios despropositados que somente prejudicariam o bom andamento de suas atividades. A transação pressupõe a existência de um espaço de conformação que a lei outorga ao administrador (em outras palavras, discricionariedade) para valorar, no caso concreto, as medidas necessárias para a proteção do interesse público. **Transacionar não importa abrir mão do interesse público. A transação existe para permitir a concretização do interesse público, sem excluir a participação dos particulares interessados na solução** da contenda. (destaquei)

Existe, por exemplo, a possibilidade de celebração de termo de ajuste de conduta no plano da fiscalização dos prestadores de serviços de saúde suplementar (planos e seguros privados de assistência à saúde), como se verifica da Lei 9.656, de 1998:

Artigo 29. [...]

§ 1º. O processo administrativo, antes de aplicada a penalidade, poderá, a título excepcional, ser suspenso pela ANS [Agência Nacional de Saúde Suplementar], se a operadora ou prestadora de serviço assinar termo de compromisso de ajuste de conduta perante a Diretoria colegiada, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, obrigando-se a:

I – cessar a prática de atividades ou atos objetos da apuração; e

II – corrigir as irregularidades, inclusive indenizando os prejuízos delas decorrentes.

Já o inciso XXXIX do artigo 4º. (com a redação dada pela Medida Provisória nº. 2.177-44, de 2001) da Lei. 9.961, de 2000, que regula a atuação da ANS, confere a esta agência competência para celebrar tais termos de ajuste de conduta e fiscalizar o seu cumprimento.

Ainda no âmbito de serviços públicos fiscalizados, a Lei 9.427, de 1996, que criou a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) previu, em seu artigo 3º., V, entre as competências da agência, a de dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores. Dando efetividade ao comando legal, a agência possui Resolução Normativa específica para tratar da possibilidade de Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta (TAC) entre a agência e as concessionárias, qual seja, a Resolução 333, de 2008, que dispõe de forma detalhada sobre o procedimento para a celebração do TAC, seu conteúdo (inclusive critérios para a previsão de obrigações) e consequências de sua celebração na esfera administrativa, bem como as consequências de seu eventual descumprimento:

Artigo 1º. A ANEEL poderá, **alternativamente à imposição de penalidade**, firmar Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta – TAC com as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços e instalações de energia elétrica, com vistas a adequar a conduta desses agentes às disposições legais, regulamentares ou contratuais.

Artigo 2º. **O TAC poderá ser solicitado por concessionárias, permissionárias ou autorizadas de serviços e instalações de energia elétrica, no curso do processo de fiscalização instaurado, a partir do recebimento do Termo de Notificação – TN pela notificada, até o prazo para interposição do recurso**, à Diretoria da ANEEL, de que trata o artigo 33 da Resolução Normativa nº 63, de 12 de maio de 2004.

Parágrafo único. A solicitação para celebração de TAC deverá ser apresentada em petição específica, a qual receberá autuação própria e apensação ao processo fiscalizatório correspondente.

Artigo 3º. A solicitação será encaminhada ao Superintendente de Fiscalização da ANEEL a quem a matéria seja afeta, que deverá elaborar análise técnica sobre o pedido, observado que:

I - se favorável, indicará as condições para a formalização do TAC, incluindo o cálculo da multa passível de ser aplicada, quando for o caso, para fins de ajustamento de um Plano de Ações e/ou Investimentos a serem realizados pela interessada e posterior submissão da proposta resultante para deliberação da Diretoria;

II - se desfavorável, prosseguirá a instrução do processo fiscalizatório, hipótese em que a interessada deverá ser intimada e poderá interpor recurso retido no prazo de 10 (dez) dias da intimação, o qual somente será conhecido pela Diretoria da ANEEL no julgamento de recurso ao Auto de Infração, se houver.

Parágrafo único. Quando o processo fiscalizatório estiver sendo conduzido por Agência Estadual Conveniada, a proposição de TAC deve ser apresentada a esta, que efetuará análise técnica sobre o pedido, na forma dos incisos I e II do *caput*, e o encaminhará devidamente instruído à Superintendência da ANEEL a quem a matéria seja afeta para complementação da análise, especialmente com relação a aspectos de padronização e uniformidade.

**Artigo 4º. Compete à Diretoria Colegiada da ANEEL decidir, fundamentadamente, acerca da celebração do TAC, observado o interesse público.**

§ 1º. Aprovado pela Diretoria Colegiada, o TAC será firmado pelo Diretor-Geral da ANEEL juntamente com o Superintendente de Fiscalização a quem a matéria seja afeta e o representante legal da concessionária, permissionária ou autorizada.

§ 2º. A eficácia do TAC condiciona-se a sua publicação no Diário Oficial da União.

Artigo 5º. A assinatura do TAC acarreta o arquivamento do processo fiscalizatório correspondente, quanto ao seu objeto.

Artigo 6º. A ausência de assinatura e devolução do TAC, pela concessionária, permissionária ou autorizada, no prazo de 30 (trinta) dias do seu recebimento acarretará perda do direito ao ajuste e prosseguimento do processo de fiscalização.

Artigo 7º. Compete à Superintendência Fiscalizadora da ANEEL, cujas atribuições regimentais digam respeito à matéria, ou à área competente da Agência Estadual Conveniada acompanhar o cumprimento do TAC.

Artigo 8º. A assinatura do TAC não importa confissão do agente quanto à matéria de fato, nem o reconhecimento de ilicitude da conduta em apuração.

Artigo 9º. Celebrado o TAC, obriga-se o agente a:

I – cessar a prática da conduta ajustada;

II – corrigir as não conformidades identificadas pela ANEEL, inclusive indenizando os prejuízos delas decorrentes, conforme o caso;

III - informar a todos os consumidores alcançados pelas não-conformidades as medidas adotadas para sua correção e compensação; e

IV – realizar os investimentos e implementar as ações previstas no TAC.

**§ 1º. As metas e compromissos objeto do TAC deverão, no seu conjunto, ser compatíveis com as obrigações previstas nos regulamentos e**

**contratos que regem a prestação de serviços de energia elétrica descumpridos pela concessionária, permissionária ou autorizada.**

§ 2º. As obrigações decorrentes do TAC são autônomas, em nada alterando, dispensando ou diminuindo as obrigações às quais está sujeita a concessionária, permissionária ou autorizada em virtude do respectivo ato de outorga, das leis e dos regulamentos aplicáveis.

Artigo 10. São **cláusulas obrigatórias do TAC**, dentre outras, as que disponham sobre:

**I – obrigações da concessionária, permissionária ou autorizada, com cronograma detalhado das ações e/ou investimentos que serão implementados**, observado o disposto no artigo 9º. desta Resolução;

**II – prestação de informações periódicas à ANEEL sobre o andamento do cumprimento dos compromissos assumidos;**

**III – multa pelo descumprimento total ou parcial do Plano de Ação e/ou Investimentos pactuado, cujo valor será correspondente ao montante da penalidade que seria aplicada, acrescido de 20% (vinte por cento), sem prejuízo da imposição de multa, em valor fixo, por descumprimento de obrigação acessória estabelecida no Termo;**

**IV – vigência;**

**V – foro**, que será a Seção Judiciária da Justiça Federal do Distrito Federal;

**VI – prazo de 30 (trinta) dias**, contado do seu recebimento, para assinatura do TAC, pela concessionária, permissionária ou autorizada.

Artigo 11. Na hipótese de descumprimento total ou parcial do TAC, a Superintendência Fiscalizadora ou a Agência Estadual Conveniada deverá:

**I – intimar o agente para**, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da data da assinatura do Aviso de Recebimento - AR, manifestar-se sobre a constatação;

**II – emitir Certificado de Descumprimento**, caso consideradas improcedentes as alegações da intimada; e

**III – comunicar ao agente para**, no prazo de 10 dias, contado da data de assinatura do AR correspondente, pagar o valor da multa, sob pena de encaminhamento do processo à Superintendência de Administração e Finanças – SAF para inscrição do devedor no Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados de Órgãos e Entidades Federais – CADIN, nos termos da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e posterior encaminhamento à Procuradoria Federal para inscrição do valor correspondente na Dívida Ativa e respectiva execução, nos termos da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.

[...]

Artigo 14. **O descumprimento do TAC impedirá a celebração de novo ajustamento de conduta, sobre qualquer objeto, pela concessionária, permissionária ou autorizada no prazo de quatro anos, contados da data da emissão do Certificado de Descumprimento do TAC.**

Artigo 15. Durante a vigência do TAC, não será admitida a celebração de outro TAC sobre o mesmo objeto.

Parágrafo único. No que se refere especificamente a indicadores de qualidade do serviço, não será considerado mesmo objeto quando se tratar de área de abrangência diversa.

Artigo 16. **O TAC deverá ser publicado, sob a forma de extrato, no Diário Oficial da União, em até cinco dias úteis após a sua assinatura.**

Parágrafo único. O inteiro teor do termo a que se refere o *caput* será divulgado no endereço eletrônico <http://www.aneel.gov.br>, e, conforme o caso, no sítio da Agência Estadual Conveniada. (grifei)<sup>206</sup>.

Cabe referir as observações de Guimarães (2009) acerca das infrações que ensejam a celebração de TAC no âmbito da ANEEL:

Vale lembrar que não é toda penalidade de multa que pode ser convertida em TAC. Isso porque o TAC contém um Plano de Ações e/ou Investimentos, ou seja, substitui-se a sanção por compromissos onerosos que guardam relação com o fato punível. Por exemplo, não se vislumbra possibilidade de celebração de TAC quando a concessionária amplia uma usina termelétrica sem prévia autorização da ANEEL, ou quando não executa o procedimento de coleta de dados do sistema de faturamento, de acordo com a Resolução nº. 89, de 2004. Muito diferente de quando se viola as metas dos indicadores de continuidade DEC e FEC, ou quando não há, na área de concessão, número suficiente de postos de atendimento.

Nestes últimos casos, é possível para a área de fiscalização da ANEEL (ou Agências Estaduais Conveniadas que atuam de forma descentralizada nos Estados) traçar o Plano de Ações e/ou Investimentos, com vistas a permitir que a concessionária corrija, durante a vigência do Termo, as não-conformidades encontradas no processo de fiscalização. Se a infração não é passível de correção via investimentos onerosos, não há como celebrar TAC. Cabe lembrar que as correções que a concessionária fará, conforme dito acima, constituem-se em benefícios para seus consumidores.

Importa ressaltar que a possibilidade de utilização de meio consensual para resolver conflitos no âmbito da ANEEL não se restringe aos casos em que é possível a aplicação de penalidades, mas abrange também as reclamações de consumidores. O Regimento Interno da ANEEL, aprovado pela Portaria MME 349, de 1997, criou, em seu artigo 23, a “Superintendência de Mediação Administrativa Setorial – SMA”, à qual compete, conforme o inciso III, “executar as atividades relacionadas aos processos de consulta aos agentes econômicos, a consumidores de energia elétrica e à sociedade e de atendimento a suas

<sup>206</sup> Também a Resolução 63/2004 da ANEEL, na redação dada pela Resolução 333/2008, possui norma a respeito, *verbis*:

Artigo 21. Poderá a ANEEL, alternativamente à imposição de penalidade, firmar com a concessionária, permissionária ou autorizada de serviços e instalações de energia elétrica termo de compromisso de ajuste de conduta, visando à adequação da conduta irregular às disposições regulamentares e/ou contratuais aplicáveis, conforme regulamentação específica. (Redação dada pela Resolução Normativa ANEEL nº. 333, de 7.10.2008)

§ 1º. O termo de compromisso de ajuste de conduta será submetido à aprovação da Diretoria da ANEEL pela Superintendência onde o processo se originar.

§ 2º. As metas e compromissos objeto do termo referido neste artigo deverão, no seu conjunto, ser compatíveis com as obrigações previstas nos regulamentos e contratos regedores da prestação de serviços de energia elétrica descumpridas pela concessionária, permissionária ou autorizada.

§ 3º. Do termo de compromisso de ajuste de conduta constará, necessariamente, o estabelecimento de multa pelo seu descumprimento, cujo valor será correspondente ao montante da penalidade que seria aplicada, acrescido de 20% (vinte por cento).

reclamações”. A agência dispõe, assim, também de um programa de mediação voltado para as reclamações de consumidores dos serviços de energia elétrica.

Mais uma agência reguladora, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), possui norma regulamentar, a Resolução 442, de 2004 (alterada pela Resolução nº 847/05), que disciplina “o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades decorrentes de condutas que infrinjam a legislação de transportes terrestres e os deveres estabelecidos nos editais de licitações, nos contratos de concessão, de permissão e de arrendamento e nos termos de outorga de autorização”, estipulando também a possibilidade de transação na esfera do processo administrativo de sua competência:

Artigo 15. Atuando em caráter preventivo e orientador, a ANTT, por intermédio das Superintendências de Processos Organizacionais competentes, poderá, **antes da instauração de procedimento de averiguações preliminares ou de processo administrativo, ou durante seu curso:**

**I - no caso de ocorrências não consideradas de natureza grave, alertar os infratores quanto às faltas ou irregularidades verificadas, assinando prazo para que sejam sanadas;**

II - determinar a imediata cessação de prática irregular ou de infração, ordenando, quando possível, a reversão à situação anterior;

III - determinar a adoção de medidas administrativas que objetivem o cumprimento das disposições legais, regulamentares, contratuais ou de editais de licitações.

[...]

§ 2º. A correção de falta ou irregularidade não impede a instauração do processo administrativo, nem é causa de extinção de punibilidade.

§ 3º. Desde que o fato não constitua crime e não haja lesão ao interesse público nem prejuízo para terceiros ou para a coletividade, a autoridade competente poderá, a seu exclusivo critério, fixar prazo para o cumprimento das determinações de que tratam os incisos II e III deste artigo.

Artigo 16. Com a finalidade de **corrigir pendências, irregularidades ou infrações**, a ANTT, por intermédio da Superintendência competente, poderá, antes ou depois da instauração de processo administrativo, convocar os administradores e os acionistas controladores das empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas para prestação de esclarecimentos e, se for o caso, **celebração de Termo de Ajuste de Conduta (TAC)**.

Artigo 17. O TAC conterá:

I - data, assinatura e identificação completa das partes;

II - especificação da pendência, irregularidade ou infração e da fundamentação legal, regulamentar ou contratual pertinente; e

**III - o prazo e os termos ajustados para a correção da pendência, irregularidade ou infração.**

§ 1º. O prazo a que se refere o inc. III será estabelecido pelo Superintendente competente, considerando as particularidades do caso, podendo ser prorrogado por decisão da Diretoria da ANTT.

§ 2º. No transcurso do prazo fixado, o processo administrativo, se instaurado, ficará suspenso.

Artigo 18. Decorrido o prazo estipulado no TAC, a autoridade competente verificará a execução do compromisso assumido pela empresa concessionária, permissionária ou autorizada, atestando o seu cumprimento, ou não, mediante relatório específico.

§ 1º. Comprovado o cumprimento do compromisso, o processo, se instaurado, será arquivado, sem prejuízo das sanções civis ou penais cabíveis.

§ 2º. **Verificado o não cumprimento do compromisso, serão adotadas as providências necessárias à instauração do processo administrativo para apuração das responsabilidades e aplicação das penalidades cabíveis ou ao seu prosseguimento**, se anteriormente instaurado. (grifei).

No caso da norma da ANTT, porém, não se prevê: a) qualquer penalidade adicional para o descumprimento do acordo que não seja a aplicação da sanção originalmente cabível; b) seja dada qualquer publicidade ao acordo, para assegurar a transparência perante a coletividade de usuários; c) critérios claros para a celebração do acordo; d) monitoramento periódico de seu cumprimento; e) procedimentos de mediação desencadeados a partir de reclamações de usuários.

Já a legislação da ANP – Agência Nacional do Petróleo, Lei 9.478, de 1997, dispõe, em seu artigo 20, que “o regimento interno da ANP disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no arbitramento.” A referida norma, porém, pelo que se pôde apurar, não resultou na implementação de nenhum programa voltado à conciliação ou mediação de tais conflitos.

Da mesma forma, a legislação que instituiu a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, Lei 9.472, de 1997, estatui, em seu artigo 19, XVII, que compete à agência em questão “compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações”, assim como lhe cabe, a teor do artigo 19, XVIII, “reprimir infrações aos direitos dos usuários”. Esta agência, contudo, tampouco possui programa de conciliação ou mediação de tais conflitos.

A mais recente previsão de utilização de mediação, conciliação e arbitragem para resolver conflitos em ambiente regulatório deu-se com a criação, pela Lei 12.154, de 23.12.2009, da PREVIC (Superintendência Nacional de Previdência Complementar), agência encarregada de monitorar a atuação das entidades que compõem o sistema previdenciário complementar. O artigo 2º., VIII, da referida lei atribuiu à autarquia competência para solucionar controvérsias entre as entidades fechadas de previdência privada, os participantes e

assistidos dos planos de benefícios e os patrocinadores ou instituidores. Esta agência elaborou minuta de Regulamento de Mediação, Conciliação e Arbitragem, o qual foi submetido a consulta pública em seu sítio eletrônico durante os meses de setembro e outubro deste ano, sendo a redação inicial modificada a partir de algumas contribuições recebidas e convertendo-se, afinal, na Instrução PREVIC nº. 7, de 9 de novembro de 2010. A grande inovação do programa reside no fato de tratar-se do primeiro programa de mediação no âmbito do Poder Executivo destinado também a solucionar conflitos entre usuários e instituições prestadoras dos serviços – o que, no âmbito de outras agências reguladoras, costuma ser feito de maneira informal por intermédio da ouvidoria.

Da mesma forma, esta novíssima agência também possui ato normativo disciplinando a celebração de termos de ajustamento de conduta (TACs) no âmbito de sua competência fiscalizatória, com base na autorização já contida na legislação que criou a PREVIC. Trata-se da Instrução nº. 3, de 29 de junho de 2010. É interessante transcrever a previsão feita na norma regulamentar dos critérios que devem presidir à elaboração do TAC, constante de seu artigo 5º.:

[...] deverá ser verificado se a celebração do TAC é o meio adequado e próprio à realização eficaz e eficiente do interesse público no caso concreto, ponderando-se, entre outros, os seguintes fatores, quando for o caso:

I – a proporcionalidade da proposta em relação à gravidade da conduta em análise;

II – a existência de motivos que recomendem que o ajustamento de determinada prática reputada irregular se dê de forma gradual e não repentina; e

III – a capacidade do TAC para desestimular a prática de novas condutas semelhantes pelo próprio compromissário e por terceiros que se encontrem em posição análoga à do compromissário no âmbito do sistema de previdência complementar.

O que parece relevante ressaltar, com relação especificamente aos conflitos entre usuários e prestadoras de serviços fiscalizados, é que a mera previsão normativa da possibilidade de celebração de transações não significa que a previsão esteja se concretizando na proporção das demandas existentes. Ainda que ela se concretize, todavia, sem que se garanta a existência de programas de capacitação de mediadores ou conciliadores e de sistemas de monitoramento dos resultados e grau de satisfação dos usuários, a existência de programas desta natureza tampouco significa que os meios consensuais estejam sendo utilizados com a mínima qualidade necessária.



Aliás, não é somente no seio de órgãos públicos que existe resistência ou desconhecimento quanto à utilização de meios consensuais. Em obra resultante de dissertação de Mestrado recém publicada, de autoria de Luiz Ricardo Bacellar (2009, p. 66-67), lê-se:

[...] a mera subsunção da conduta à norma tida como infração não se coaduna com a ideia de solução de controvérsia. Como bem destaca Maria D'Assunção Costa Menezello [Agências reguladoras e o direito brasileiro. São Paulo: Atlas, 2002], contra o cometimento de infração, não há mediação; há sanção.

Este tipo de assertiva apenas demonstra o atraso existente até mesmo em uma parcela da produção jurídica acadêmica com relação à solução consensual de conflitos no âmbito do Poder Público, mesmo diante da vasta produção normativa já apontada.

Apesar de serem muitos os exemplos recentes de normas que preveem a celebração de transações nos conflitos entre entes fiscalizadores e entes fiscalizados, o potencial para a institucionalização da mediação ou conciliação em conflitos desta natureza é ainda imenso, bastando referir que agências como o Banco Central do Brasil, a ANATEL e a ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil), para mencionar três setores recordistas em reclamações de usuários dos serviços por elas regulados e fiscalizados, muito embora possuam sistema de recebimento de reclamações de usuários, não dispõem sequer da previsão normativa de qualquer sistema de solução consensual das disputas.

Um exemplo de sistema que privilegia a utilização de meios consensuais para solucionar conflitos envolvendo tanto agentes prestadores entre si quanto estes e usuários de serviços públicos regulados no âmbito estadual é o existente na Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS). A agência em questão, que atua regulando os setores de energia elétrica, saneamento, irrigação, portos e hidrovias, polos rodoviários, estações rodoviárias e transporte de passageiros naquele Estado, possui uma norma regulamentar destinada especificamente a estabelecer procedimentos “para a mediação de controvérsias havidas entre usuários, poder concedente e delegatários de serviços públicos sob regulação desta Agência”. Trata-se da Resolução nº. 123 do Conselho Superior da agência, a qual estipula, em seu artigo 2º, ser possível a instauração do procedimento de mediação por iniciativa de usuários, do poder concedente ou dos delegatários de serviços públicos, bem como de ofício pelo Conselho Superior da AGERGS. A participação na mediação é voluntária para todos os envolvidos (artigo 5º, parágrafo

único), sendo que o papel de mediador, pelo que se depreende dos artigos 7º. e 8º., será desenvolvido pelo Conselho Superior, em conjunto com as “áreas técnicas” da AGERGS, já que estas realizarão “o estudo de propostas com vistas às possíveis soluções para a controvérsia, sempre levando em consideração os princípios que devem nortear a Administração Pública insculpidos nos artigos 37 da Constituição Federal e 19 da Constituição Estadual e, ainda, a legislação aplicável” e, assim que concluídos tais estudos, que se basearão também em informações e elementos fornecidos pelas partes privadas, o Conselho Superior promoverá “reuniões conjuntas com as partes com vistas à discussão de propostas para a solução das questões objeto da mediação”. Não havendo uma solução consensual, o próprio Conselho Superior arbitrará o conflito, nos termos do artigo 11, sendo que todas as sessões de mediação realizadas serão devidamente documentadas, consoante o artigo 13.

Como se pode perceber, trata-se de um “programa de mediação” totalmente diferenciado do modelo americano tradicional, mesmo na esfera do Poder Público. Não existe previsão de confidencialidade, mediador e julgador se confundem e não existe uma garantia de imparcialidade do mediador se o ente regulador tiver interesse próprio envolvido no conflito. Tratando-se, porém, de conflitos entre usuários e delegatários do serviço, não parece haver, contudo, qualquer óbice a que o ente público atue como mediador. Quanto à confidencialidade, como discorrerei com mais vagar no capítulo 8, penso que tampouco existe juridicidade na sua existência em conflitos que envolvem interesses públicos. Daí não ser imprescindível também a separação entre as figuras de mediador e julgador. O que parece imprescindível, contudo, e a norma não prevê, como tampouco o fazem quaisquer das normas que preveem a utilização de mediação ou conciliação em nosso país, é a necessidade de capacitação do mediador em técnicas de mediação, bem como a previsão expressa de que, respeitados os parâmetros jurídicos aplicáveis ao tema, a solução poderá levar em conta todos os interesses legítimos das partes e que subjazem ao conflito. O artigo 6º. da Resolução, aliás, é bastante enfático no sentido de uma delimitação formal da matéria controversa, o que contraria todo o espírito de busca de uma solução ampla do conflito que caracteriza a mediação.

Apesar das limitações, porém, o programa, desde seu início, já apresentou bons resultados, como se vê do exemplo citado por Calovi (2001), integrante da Diretoria Jurídica do órgão:

Podemos citar, entre tantos outros casos, o processo nº. 000662/00-8, envolvendo a empresa concessionária AES-SUL – Distribuidora Gaúcha de Energia e a Cooperativa de Eletrificação Centro Jacuí Ltda. – CELETRO, onde se fazia necessário definir áreas de atuação desta última em relação à área de atuação da concessionária. Assim, a AGERGS realizou, em sua sede, nos dias 22.01.00 e 13.12.00, reuniões de mediação com representantes das partes, buscando ouvi-los e conciliar seus interesses e necessidades frente à legislação vigente, culminando com a celebração de um Termo de Acordo firmado em 13.12.00.

Importa referir, por fim, as pertinentes colocações de Rodrigo Pironti Aguirre de Castro no que diz respeito à publicidade e oportunidade de participação de terceiros interessados nos processos administrativos que tramitem perante agências reguladoras: “as decisões e discussões desenvolvidas nos processos administrativos postos à composição pelas agências não podem ser colocadas a par da participação de outros interessados que não aqueles que constituem parte no bojo do processo.” (2005, p. 130). Fundamenta ele este entendimento no direito à informação, constitucionalmente garantido, bem como no que dispõe o artigo 3º. da Lei 8.987, acerca da cooperação dos usuários com o poder concedente na fiscalização de serviços públicos concedidos, bem assim no artigo 9º. da Lei 9.784, que estabelece:

São legitimados como interessados no processo administrativo:

[...]

II – aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;

III – as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;

IV – as pessoas ou associações legalmente constituídas, quanto a direitos ou interesses difusos.

Sobre a participação de entidades representativas, chama a atenção este autor para dois aspectos essenciais: a) a necessidade de facultar a participação a todas, em igualdade de condições <sup>207</sup>; b) a possibilidade de afastar esta representação por entidades quando se verificar que elas atuam em sentido contrário ao do grupo representado <sup>208</sup>.

<sup>207</sup> Observa o autor: “em havendo concorrência de uma ou mais associações na defesa de tais interesses, essas não poderão ser obstadas do exercício de seu direito de atuar na via processual administrativa, uma vez que, se assim o fosse, estaria a agência privilegiando uma associação em detrimento de outra e, por consequência, afastando o preceito constitucional que garante a livre associação.” (2005, p. 138).

<sup>208</sup> Anota ele: “Exceção se faz quando reste demonstrado anteriormente ou no curso do procedimento irregularidade de representação, ou seja, demonstrado que a associação não titulariza o direito que a legitime como interessada ou, ainda, que tal associação está atuando na contramão dos interesses de seus associados, vislumbra-se possível a exclusão da associação como legítima interessada no processo administrativo de resolução de conflitos no âmbito das agências reguladoras independentes.” (2005, p. 139).

Por fim, defende ele (2005, p. 140) que, sempre que for o caso, seja dada ciência ao Ministério Público da tramitação de tais processos, dadas as atribuições institucionais deste no que se refere à defesa de interesses difusos.

Para Castro (2005, p. 136), se não for facultada essa participação, é possível inclusive a caracterização de nulidade do processo:

Em isso não ocorrendo, ou seja, não sendo facultada a possibilidade de o interessado intervir no processo regulatório de conflitos em defesa do interesse coletivo, estará eivado de vício o desenvolvimento processual por falta de observância de requisito indispensável ao pleno atingimento do interesse público.

Muito embora pareça questionável a nulidade se não for requerida a participação pelos interessados, parece perfeitamente plausível a decretação de nulidade quando a participação for legitimamente requerida e indevidamente negada pela agência. De todo modo, quanto menor o grau de participação, menor a possibilidade de que se obtenham soluções consensuais que sejam ao mesmo tempo viáveis e respeitem os parâmetros legais, o que aumenta o risco de que venham a ser questionadas em juízo. Altamente recomendável, assim, sempre que a agência reguladora verificar que se trata de conflito repetitivo, isto é, no qual vários usuários se encontram em situação semelhante à do requerente, ou, ainda que não se trate de conflito passível de gerar reclamação individual de usuário, quando a solução que venha a ser adotada possa afetar toda a categoria de usuários dos serviços, sejam convidados a acompanhar o processo as associações legitimadas eventualmente existentes, bem como o Ministério Público.

### **6.1.2 O termo de ajustamento de conduta: cabimento, legitimados, conteúdo e efeitos**

Como visto nos itens precedentes, é possível, no seio de uma controvérsia envolvendo interesses transindividuais, celebrar, em juízo ou ainda antes da propositura de ação judicial, um **termo de ajustamento de conduta** visando à composição amigável do conflito. Nas lições de Geisa Rodrigues (2006, p. 112):

No ajuste, se reconhece a iminência ou a existência de um fato determinado, que pode ser um agir ou uma omissão, o qual possa causar violação a um

direito transindividual. Por meio dele, se realiza um pacto com o responsável pelo fato, de forma a se evitar o dano ou a repará-lo integralmente.<sup>209</sup>

A doutrina salienta, como vantagens na celebração do ajuste, a composição mais rápida do conflito (tornando mais viável a prevenção do ilícito), a economia de recursos que se verifica com a adoção do método, bem assim a sua maior flexibilidade, de molde a permitir que se leve em conta a situação peculiar do (potencial) autor do ilícito, as razões que o levaram à prática do ilícito, a sua condição econômica, o prazo em que seja possível a regularização da conduta e, ainda, a necessidade ou não de adoção de medidas compensatórias (caso o dano já tenha sido consumado ou seja inevitável).

Trata-se, enfim, de um método que prestigia, segundo o ensinamento de Rodrigues, os princípios do acesso à justiça, da prevenção, da tutela específica dos direitos e, ainda, o princípio democrático, tendo em vista a participação do infrator na elaboração da solução mais adequada para a regularização de sua conduta.

A celebração de termo de ajustamento de conduta, por outra parte, é a que se revela mais compatível com a observância do princípio da proporcionalidade, a ser utilizado em todos os casos de colisão entre direitos fundamentais, normalmente ocorrente em conflitos desta natureza:

[...] é o valor da proporcionalidade que determina que a tutela dos direitos, tanto judicial quanto extrajudicial, deve prestigiar a forma que se revele menos onerosa para os demais direitos protegidos pelo sistema. Portanto, na formulação do compromisso, deve-se estabelecer a conduta que, ao mesmo tempo que represente adequação à norma, se revele menos gravosa para o obrigado. (2006, p. 124)<sup>210</sup>.

Por todas estas razões é que a doutrina se revela entusiasta deste método não-adversarial de composição de conflitos, que, em suma, enquadra-se à perfeição na categoria de negociação, já que as partes conflitantes chegam, por si mesmas, à melhor solução para o problema, sem necessidade da participação de um terceiro. Geisa Rodrigues, por exemplo, afirma: “**Sempre que haja possibilidade do acordo**, pela evidente ampliação de acesso à justiça que o mesmo proporciona, deve-se preferir promover o ajustamento de conduta.” (2006, p. 135 – grifei).

<sup>209</sup> Enfatize-se que, na prática, o mais comum é a celebração de TAC (termo de ajustamento de conduta) precisamente para evitar a propositura da cabível ação civil pública.

<sup>210</sup> Mais adiante, esclarece a autora: “A participação na formação da decisão daqueles que por ela se obrigarão é uma nota relevante para o sucesso dessa justiça consensual. O transgressor ou iminente transgressor tem necessariamente seu ponto de vista considerado na elaboração das cláusulas do ajuste, o que pode ser fundamental para que não venha a descumpri-lo.” (2006, p. 133).

No mesmo diapasão o pensamento de Luiza Frischeisen, que ressalta em especial a utilidade de uma solução consensual nos conflitos que envolvem o Poder Público:

Os procedimentos administrativos de atribuição do Ministério Público permitem a negociação com a Administração ou com os entes privados responsáveis pela implementação de políticas públicas.

Esse espaço de negociação é importante porque nele poderão ser contempladas as grandes questões atinentes à implementação de políticas públicas, como as temporais, orçamentárias e de conciliação entre as várias demandas existentes na sociedade, pela fixação de prazos necessários à implementação das exigências legais e eventuais adequações orçamentárias.

Por outro lado, no Inquérito Civil Público ou procedimentos correlatos podem ser elaboradas atas compromissárias entre várias partes envolvidas, que não necessariamente poderiam ser acionadas em uma ação civil pública, ou que nesse procedimento gerariam inúmeras contestações, sem que uma sentença conseguisse impor obrigações principais e secundárias, de vários entes públicos envolvidos em uma política pública.

É ainda na esfera do Inquérito Civil Público que poderão ser negociadas mudanças em procedimentos da administração que não são necessariamente ilegais, mas demonstram serem ineficazes para o alcance de seus objetivos. O Ministério Público funciona, então, como órgão mediador e indutor das mudanças. (2000, p. 133-135).

Todavia, tendo em conta a redação do texto legal e a falta de tradição na aplicação dos métodos consensuais de resolução de conflitos, a interpretação que tem sido dada na prática ao instituto, infelizmente, nem sempre tem sido a de utilizá-lo **sempre que possível**. Assim, parece que, a par da difusão da “mentalidade conciliatória” entre os órgãos públicos legitimados a celebrá-lo, melhor andaria o legislador se tivesse previsto a **obrigatoriedade da negociação**, ou seja, a obrigatoriedade da tentativa do acordo, que obviamente pode vir a resultar infrutífera, mas garantiria que a negociação fosse necessariamente instaurada.

Quer me parecer que a questão da obrigatoriedade melhor se coloca na perspectiva do ente público legitimado a celebrar o ajuste, esteja ele no polo ativo, esteja no polo passivo. Isto porque **não pode o Poder Público simplesmente recusar-se a adotar a conduta que se mostre consentânea com a definição mais rápida e ponderada de uma solução para a efetivação dos direitos fundamentais colocados no conflito**.

Em suma, **estaria o Poder Público, quando no polo ativo, sempre obrigado a oferecer ao particular a oportunidade da solução negociada**. Sendo essa a interpretação mais alinhada com o princípio do acesso à justiça, com o princípio democrático e o princípio da efetividade dos direitos fundamentais, a única interpretação conforme à Constituição do

dispositivo em vigor é a que preconiza esta obrigatoriedade ou, no mínimo, a **necessidade de motivação da não instauração da negociação**.

**Quando no polo passivo, ainda com maior razão, imperativa se demonstra a necessidade de instauração da negociação**, já que, muitas vezes (exceto quando se tratar de ação civil pública ajuizada por associação), teremos dois órgãos públicos em conflito, de modo que aquele que está no polo passivo tem o dever de colaborar para o alcance de uma solução adequada o mais rápido possível.

Também Ivan Ruiz, ao se pronunciar sobre o tema em sua Tese de Doutorado, asseverou que: “Antes da propositura de uma ação judicial, é perfeitamente cabível o procedimento prévio obrigatório de mediação.” (2003, p. 486), sendo que, para o mesmo autor, é “perfeitamente possível, dentro de certos limites, as pessoas de direito público serem submetidas ao procedimento de mediação.” (2003, p. 484).

Quanto ao particular, a toda evidência, parece ser de seu interesse a busca de uma solução consensual, já que, à falta desta, corre o risco, por exemplo, de ver sua atividade paralisada de imediato, ou sofrer a imediata aplicação de uma penalidade, sendo, desnecessária, assim, a imposição de obrigatoriedade para ele nesse sentido.

Esta obrigatoriedade para os entes públicos, a meu ver, existe (ou deve existir) seja na fase pré-processual (do inquérito civil), seja na fase processual (após o ajuizamento da ação coletiva), bem como na situação em que se verifique a necessidade de execução de sentença proferida em ação civil pública <sup>211</sup> ou, ainda, de eventual revisão de termo de ajustamento de conduta <sup>212</sup>. Sobre a fase processual, porém, tratarei no capítulo 8.

Quanto ao resultado da negociação, frise-se que nada impede que se obtenha um acordo relativo a apenas uma parte do objeto conflituoso <sup>213</sup>, obtendo-se o título executivo eficaz quanto à parte em que houve a composição e prosseguindo-se o inquérito ou a ação coletiva para obter-se decisão referente à parcela sobre a qual ainda não se obteve uma solução consensual.

---

<sup>211</sup> Como anota Geisa Rodrigues, “Nada impede também que o ajustamento da conduta seja feito na fase da execução da sentença da ação civil pública.” (2006, p. 239).

<sup>212</sup> Referenda esta possibilidade a mesma autora: “O processo de negociação não se encerra com a celebração do ajuste, também está presente na fase de acompanhamento de seu cumprimento, a exemplo da possibilidade de renegociação do seu conteúdo, com a previsão de termos aditivos, permitindo a adaptação do ajuste a algum fato novo, salvaguardando, assim, a possibilidade de sua satisfação.” (2006, p. 296).

<sup>213</sup> Assim também já se pronunciou a mesma autora (2006, p. 191).

Passo a analisar a questão dos legitimados para tomar o ajuste. A lei da ação civil pública exige, em relação ao termo de ajustamento de conduta extrajudicial, a presença de um ente público no polo ativo (artigo 5º, § 6º.). Este ente público pode ser, portanto, o Ministério Público ou outro órgão com competência na matéria. Observe-se, quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista, que falece a estas legitimação ativa quando se tratar de entes que explorem atividade econômica, apenas legitimando-se as prestadoras de serviços públicos<sup>214</sup>. No polo passivo, evidentemente, figurará o autor da lesão ou ameaça ao direito protegido.

Já quanto às pessoas jurídicas de direito público interno, Vieira chama a atenção para a verificação da amplitude territorial do conflito (2002, p. 271-272), válida para casos de competência comum entre os entes federativos, observando-se porém a competência material de cada ente:

[...] no que concerne aos entes políticos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a legitimidade defluirá da natureza da ofensa. Se restrita a certo Município, desfrutará ele, ao lado do Estado e demais entidades legitimadas para o caso, bem como do Ministério Público, de legitimidade para a tutela. Todavia, se a ofensa atinge interesses localizados e afetos a mais de um Município, parece intuitivo que a legitimidade se concentrará no Estado-membro ou dependerá da atuação conjunta dos Municípios atingidos.

O mesmo critério parece prevalecer na lesão de âmbito regional, com repercussão em mais de um Estado-membro. Indispensável a co-participação dos Estados interessados, bem como estará presente a legitimidade da União em tal hipótese.

Em se tratando de lesão de âmbito nacional, a legitimidade estará afeta à União.

[...]

Não se deve esquecer, todavia, que por vezes a ofensa, em termos fáticos, pode circunscrever-se a certo Estado ou mesmo a determinado Município, mas se relacionada com bem jurídico que a ordem jurídica submete à tutela da União, com exclusividade, apenas a ela caberá – e não aos demais entes políticos – a legitimidade para as medidas tuteladoras.

De qualquer modo, assim como a Lei 7.347/85 permite a assistência na ação civil pública, a mesma colaboração pode formalizar-se na tomada do compromisso extrajudicial.

As observações do autor devem ser estendidas às autarquias federais, estaduais, distritais e municipais, pessoas jurídicas de direito público que são, com competência voltada precipuamente ao atendimento de interesses públicos – categoria na qual se enquadram, por exemplo, as agências reguladoras, as quais detêm, em incontáveis situações, competência para

<sup>214</sup> Neste sentido o ensinamento de Geisa Rodrigues (2006, p. 163). Deve-se notar, todavia, que, no rol de legitimados ativos para a propositura da referida ação, constam também as associações constituídas há mais de um ano que atuem na área ambiental (artigo 5º, *caput*), de modo que, lembra a autora, em se tratando de ajustamento de conduta firmado em juízo no seio de ação proposta por associação, esta é que figurará no polo ativo.



celebrar termos de ajustamento de conduta na sua área (em sentido material e territorial) de atuação, como visto no item anterior.

Já no que pertine ao Ministério Público, o mesmo autor (2002, p. 272) chama a atenção para duas limitações atinentes ao exercício desta competência:

A primeira decorrente do federalismo. Os Ministérios Públicos estaduais têm a competência limitada à esfera de interesse da respectiva Unidade Federada.

Bem por isso, a Lei 7.347/85, quando trata da legitimidade ativa, expressa que será admitido o 'litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta Lei.'

Se os interesses ofendidos são de âmbito regional, dizendo respeito a mais de um Estado, ou se são de âmbito nacional, não pode determinado Ministério Público estadual, ainda que também interessado, com exclusividade, promover isoladamente a tutela.

A segunda restrição prende-se à destinação institucional do Ministério Público, definida na Constituição Federal, de órgão defensor de interesses sociais e individuais indisponíveis, o que vale dizer que nem sempre os interesses coletivos ou os chamados interesses individuais homogêneos poderão ser tutelados pela instituição, se deles não despontar a presença de interesse público primário (artigo 127, *caput*, c/c o artigo 129, IX, da CF).

Se assiste inteira razão ao autor neste último aspecto, com relação ao primeiro, particularmente, entendo que poderia, sim, o Ministério Público Estadual atuar isoladamente, até porque o Ministério Público do(s) outro(s) Estado(s) atingido(s) pode não estar diligentemente atuando na matéria, ficando circunscrita a eficácia do termo de ajuste de conduta, todavia, aos limites do Estado onde atua o MP Estadual que efetivamente firmar o ajuste.

Discute-se, quando o Ministério Público não estiver no polo ativo, se este também deverá participar do ajuste. A doutrina inclina-se, como Geisa Rodrigues, a defender a participação obrigatória da instituição por ela integrada. De fato, "a atuação como 'fiscal da lei' do Ministério Público independe de autorização específica [do legislador], uma vez que a cláusula geral de interesse público sempre pode ser invocada." (2006, p. 197) <sup>215</sup>.

---

<sup>215</sup> Resume ela os argumentos para sua posição: "se o Ministério Público tem que intervir necessariamente em todas as ações civis públicas que não tenha intentado, se é o único legitimado com poderes para instaurar o inquérito civil, requisitar informações e serviços para proteger esses direitos, não se pode imaginar que a solução extrajudicial envolvendo tais conflitos possa ser realizada sem a sua interveniência.", até para prevenir futuros problemas relativos ao cumprimento do ajuste. (2006, p. 197). No mesmo sentido Milaré (2002, p. 204) e Vieira (2002, p. 274-275).

O tema tem consequências bastante relevantes, com relação à **definitividade ou não dos efeitos do ajuste no que diz respeito aos entes que dele não tomaram parte.**

Hugo Mazzilli, por exemplo, que entende não ser obrigatória a participação do Ministério Público, sustenta que, quando um dos entes públicos competentes firma o ajuste, todos os demais entes “se beneficiam, sem dúvida, com a formação do título, mas não estão impedidos de ajuizar ações coletivas ou individuais, de objeto mais abrangente.” (2007, p. 240). Para este autor,

[...] nada obsta a que um órgão público legitimado tenha tomado um termo de compromisso de ajustamento com o causador do dano e, a seguir, um outro co-legitimado público, considerando insatisfatório o acordo obtido, venha a tomar do causador do dano um compromisso ainda mais abrangente. (2007, p. 242).

Já Édís Milaré<sup>216</sup> e Fernando Grella Vieira, que entendem ser imprescindível tal participação, defendem que a celebração de termo de ajustamento de conduta não apenas impede que seja celebrado outro com base no mesmo conflito como também obstaculiza a revisão de seu conteúdo em juízo, salvo em caso de insuficiência ou nulidade do conteúdo. Afirma este último (2002, p. 277):

Se o autor do dano ou da conduta ofensiva que se pretende ver obstada manifestar formalmente o propósito de atender às obrigações legais, este seu gesto, em tese considerado, representa um interesse legítimo de evitar a ação judicial que, como se sabe, acarretará ônus maiores.

[...]

Conferindo a lei eficácia executiva ao compromisso de ajustamento, sendo ele celebrado, desaparece, em tese, o interesse de agir dos co-legitimados para a propositura da ação civil pública, justamente em razão da desnecessidade de se percorrer a fase de conhecimento se já se tem título hábil a amparar a execução.

De outro lado, se o autor da ofensa se submete a ato de tais efeitos, sujeito ainda a cominações em caso de descumprimento da avença (multa diária), há de militar-lhe um mínimo de segurança jurídica. E essa segurança consiste exatamente em não se poder desprezar a existência do compromisso.

Assim, sustenta ele (2002, p. 286 e 288) somente ser possível o ajuizamento de ação civil pública: a) se houver insuficiência do conteúdo pactuado (se “a situação lesiva aos interesses tutelados reclamasse o atendimento de outras exigências que não foram, todavia,

---

<sup>216</sup> Afirma ele: “Cumpridas as obrigações avençadas, na forma, prazo e condições fixadas, serão elas consideradas extintas, desaparecendo o interesse de agir dos legitimados. O ajuizamento da ação civil pública por outro ente, co-legitimado, sob pena de se vulnerar o princípio da segurança jurídica, só será possível para suprir omissão da transação (p. ex., prestação necessária, não incluída no compromisso) ou em razão de vício propriamente dito (p. ex., estabelecimento de obrigações ou condições atentatórias à finalidade da lei.”

estabelecidas no compromisso, isto é, obrigação diversa ou mais onerosa, além das que foram consagradas no termo de compromisso”); b) manifesta inadequação do conteúdo (quando “as obrigações impostas e as condições do seu cumprimento sejam inadequadas à recomposição do interesse ofendido”); ou c) quando o “compromisso seja obtido por órgão que não tenha legitimidade para o caso concreto”. Na primeira hipótese, a ação poderá ter objeto suprir a omissão do termo de ajuste; na segunda, ele deve ser desconstituído por meio da ação; na terceira, deve ser tido por inexistente.

Tais hipóteses dizem respeito aos limites para a celebração do ajuste, que, como assevera unanimemente a doutrina, deve respeitar as normas legais pertinentes. Vieira, por exemplo, assevera: “A esfera passível de ajuste fica circunscrita à forma de cumprimento da obrigação pelo responsável, isto é, ao modo, tempo, lugar e outros aspectos pertinentes.” (2002, p. 279). Da mesma posição compartilha Milaré (2002, p. 202), entre outros.

Além disso, como bem lembra Daniel Fink (2002, p. 121), as “condições que cercam a obrigação principal não podem torná-la impossível de ser realizada; devem ser lícitas; e não impossibilitar sua mensuração econômica, sob pena de desnaturá-la como obrigação ou torná-la ilíquida.”

Mesmo quando se limita a possibilidade de revisão do acordo a questões de ilicitude, é evidente a instabilidade da solução para o ente público ou privado que assume as obrigações.

É natural, porém, que, quando da celebração de um termo de ajuste de conduta, os entes públicos legitimados, notadamente quando integrantes do Poder Executivo, somente tenham o devido cuidado de se assegurar da legalidade e conveniência do acordo no âmbito de suas competências.

O ideal, sobretudo para quem se obriga, é a **inclusão no polo ativo de todos os entes públicos com competência na matéria, bem assim do Ministério Público**, encarregado de tutelar os interesses da coletividade como um todo – o que bem se insere dentro da proposta já referida de obrigatoriedade da participação na negociação por parte de entes públicos.

Ademais, a fim de assegurar a verificação ampla da legalidade do termo e a consequente definitividade de seus termos, é sempre possível optar-se pelo caminho da homologação judicial, como sugerido por Mazzilli (2007, p. 242).

Evidente, por fim, que, nos TACs firmados por entes públicos, embora se trate de órgãos com atribuições específicas de atuação no âmbito da proteção do direito envolvido, a representação de **todos** os interessados efetuada por esta via (participação obrigatória de um ou mais entes públicos no polo ativo) pode não se revelar o meio mais adequado para o equacionamento do conflito.

Deve-se observar que a questão de quem deve tomar parte nas deliberações que levam ao ajuste não se esgota aí. Se é certo que apenas figurarão como **partes**, no polo ativo, o ente público que tomou a iniciativa de exigir a regularização da conduta e, no polo passivo, o agente (público ou privado) que em tese praticou o ilícito (por ação ou omissão), a doutrina é uníssona em reconhecer legitimidade a outros entes para **participarem na negociação**, seja pedindo informações, seja contribuindo com dados ou pareceres técnicos, seja opinando ou defendendo interesses que ali estivessem sub-representados, tal como deveria ocorrer mesmo na jurisdição coletiva contenciosa <sup>217</sup>. Neste sentido as lições de Geisa Rodrigues, em seu inigualado estudo sobre a ação civil pública e o termo de ajustamento de conduta:

[...] consideramos bastante recomendável que a elaboração do ajuste possa ser acompanhada por aquele que motivou a atuação administrativa, independentemente de quem a tenha formulado, cidadão ou associação. [...] E também por todos aqueles que tenham interesse no deslinde da questão, notadamente nos casos de maior complexidade. Essa participação também pode ocorrer em audiência pública, quando se deve ouvir todos os interessados na questão, e sopesados [*sic*] os pontos de vista divergentes. (2006, p. 140).

Parece necessário reconhecer, mesmo na esfera administrativa, a **legitimidade de participação de todos os interessados**, tais como associações de moradores, associações ambientais que atuem na região afetada, órgãos administrativos e legislativos com competência na área, instituições acadêmicas e/ou científicas que detenham conhecimentos técnicos sobre o assunto, entidades que representem os interesses do(s) empreendedor(es) – de forma similar à que ocorre com o instituto dos *amicus curiae* na ação direta de inconstitucionalidade. A fim de assegurar o princípio democrático, entendemos que **a participação de entes não-governamentais deve ser sempre permitida, não obrigatória**, de modo que cabe a eles decidirem participar ou não. Não parece adequado, porém, deixar ao alvitre casuístico da autoridade pública a decisão de permitir ou não a participação de entes

<sup>217</sup> Ver, por exemplo, Humberto Dalla Bernardina de Pinho: “pode o terceiro setor contribuir sobremaneira com o acesso à justiça na jurisdição coletiva, fornecendo ao Ministério Público o instrumental técnico necessário a uma rápida e efetiva investigação em sede de inquérito civil, viabilizando a propositura de uma ação coletiva com grande chance de sucesso.” (2002, p. 3).

evidentemente legitimados, que eventualmente poderiam contribuir para a celebração de um acordo mais adequado à proteção de todos os interesses envolvidos. Como bem coloca Fink (2002, p. 115), “todos os atores devem participar do processo de compreensão do próprio conflito, de tal forma a participar integralmente dos mecanismos de sua solução.”

Como já foi visto no capítulo 2, o artigo 31 da Lei 9.784, de 1999, que regula o processo administrativo federal, estabelece a possibilidade de realização de consulta pública sempre que a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, dispondo ainda que esta deverá ser amplamente divulgada pelos meios oficiais, permitindo-se a todos o exame dos autos e a oportunidade de oferecer alegações escritas, que deverão ser necessariamente respondidas, de forma fundamentada, pelo Poder Público.

Ainda no plano federal, é importante referir que, em 11 de junho de 2010, foi introduzida em nosso ordenamento uma nova norma sobre a matéria, válida para as situações em que for parte no termo de ajustamento de conduta ente de direito público federal (União, suas autarquias e fundações). Estipulou o artigo 4º.-A (acrescentado à Lei 9.469/97 pela Lei 12.249/2010) o **conteúdo mínimo do termo de ajustamento de conduta** em tais situações:

- I – a descrição das obrigações assumidas;
- II – o prazo e o modo para o cumprimento das obrigações;
- III – a **forma de fiscalização da sua observância**;
- IV – os **fundamentos de fato e de direito**;
- V – a previsão de multa ou de sanção administrativa no caso de seu descumprimento. (grifei)

O parágrafo único do novo artigo dispõe, ainda, sobre a participação de diferentes órgãos que possam fornecer subsídios para a celebração do ajuste, bem como define a autoridade competente para firmá-lo:

A Advocacia-Geral da União poderá solicitar aos órgãos e entidades públicas federais manifestação sobre a viabilidade técnica, operacional e financeira das obrigações a serem assumidas em termo de ajustamento de conduta, cabendo ao Advogado-Geral da União a decisão final quanto à sua celebração.

Esta norma representa um grande avanço no que diz respeito à definição de um conteúdo mínimo para o TAC. Além da previsão das obrigações assumidas, verifica-se, ainda:

- a) a necessidade de que seja devidamente **fundamentado o conteúdo das obrigações pactuadas**;
- b) a necessidade de que este preveja **prazos para cumprimento da obrigação e penalidades em caso de inadimplemento** – que já era apontada pela doutrina, com base na

previsão de “cominações” constante da Lei 7.347; c) a necessidade de prever a **forma de fiscalização de sua observância**.

Quanto ao primeiro aspecto, pouquíssimo mencionado de forma explícita na doutrina, parece indispensável para se poder verificar a adequação dos termos do acordo à proteção do interesse público em todas as suas dimensões. Devem ser devidamente esclarecidos os fatos que foram (ou não puderam ser) apurados, as circunstâncias que foram sopesadas, bem assim deve ser demonstrada a eficiência (capacidade de produzir melhor resultado em menos tempo) e economicidade (capacidade de produzir melhor resultado com menores custos) da solução adotada no acordo, de modo a que fiquem evidentes as razões pelas quais foram estipuladas determinadas obrigações e não outras.

Já quanto ao segundo aspecto, os ensinamentos de Vieira (2002, p. 283) são exemplares dentre os vários autores que examinaram o tema: “a fixação do prazo para adimplemento da obrigação há de constar do termo de compromisso (título executivo), assim como, evidentemente, a pena pecuniária diária a que estará sujeito o responsável em caso de descumprimento.”<sup>218</sup>.

Fink (2002, p. 124-125) é ainda mais esclarecedor neste aspecto:

Os prazos são importantes para determinar o vencimento da obrigação e a verificação de seu efetivo e integral cumprimento. Ou, ainda, ensejar a oportunidade de sua exigência forçada pela via executiva. Portanto, os prazos são indispensáveis para a exigibilidade da obrigação.

[...]

Nesse ponto é preciso alertar para a necessidade de serem fixados no termo de ajustamento dois prazos. Um para o cumprimento da obrigação espontaneamente pelo devedor – que, pela natureza da obrigação, poderá ser longo –, e outro para o caso de cumprimento no processo de execução – que deverá ser curto. Deverá ser curto, pois já se escolheu o prazo para o cumprimento voluntário da obrigação, sem que o devedor o fizesse.

Cabe observar que, dada a possibilidade de o cumprimento das obrigações estipuladas em termos de ajuste de conduta requerer prazos bastante longos, o mais adequado é que se estipulem **prazos fracionados por etapa**, a fim de que o monitoramento se faça por partes e se exija o cumprimento em juízo assim que descumpridas as obrigações em cada etapa, a menos que o inadimplente se justifique e negocie uma extensão de prazo junto ao próprio órgão que tomou o compromisso de ajuste de conduta.

---

<sup>218</sup> No mesmo compasso o entendimento de Milaré (2002, p. 204): “O compromisso deve, necessariamente, entre outros encargos, fixar o prazo e a pena pecuniária a que estará sujeito o responsável pelo descumprimento.”

Da mesma forma, é possível realizar o fracionamento da cláusula penal, prevendo sanção específica para cada inadimplemento, como sugere Fink (2002, p. 126).

Por fim, quanto à previsão de forma de fiscalização do cumprimento das obrigações assumidas, trata-se de mais uma inovação essencial para a efetividade do acordo, em consonância com a boa técnica na viabilização de acordos coletivos, como se verá no último capítulo.

## **6.2 Processo individual desencadeado por cidadão ou ente privado (em que há pedido de reparação de danos causados por ente público ou pedido de realização, modificação, anulação ou revogação de ato administrativo)**

Na esfera da reparação de danos, inexistem, na grande maioria dos entes federativos ou outros órgãos públicos, a previsão de procedimento próprio para apurar a procedência de pedidos de indenização formulados por cidadãos, os quais podem ter a mais variada gênese, como acidentes de trânsito envolvendo veículos conduzidos por servidores públicos em serviço, danos ocasionados por acidentes ocorridos em obras públicas, danos decorrentes da omissão ou má qualidade na prestação de serviço público, etc.

Já no que diz respeito aos pedidos de realização, modificação, anulação ou revogação de atos administrativos, pelo menos três áreas são absolutamente férteis em litígios nas três esferas da Federação: a) concursos públicos; b) licitações para aquisição de bens ou contratação de serviços por entes públicos; c) pedidos de concessão de benefícios da Seguridade Social (previdenciários, assistenciais ou de saúde).

Se os dois primeiros concernem a atos administrativos que envolvem a concretização da isonomia formal, mediante igualdade de acesso aos cargos públicos e à possibilidade de fazer negócios com o Poder Público, os últimos concernem a serviços públicos de caráter essencial, todos eles atinentes ao chamado mínimo existencial. Todos estes tipos de conflitos, em especial os últimos, apresentam elevado grau de judicialização. Em nenhuma destas áreas, contudo, se tem notícia da existência de qualquer sistema de gestão de conflitos na esfera administrativa que preveja a possibilidade de utilização de um meio consensual apto a resolvê-los da forma mais eficiente em termos de custos, tempo e adequação jurídica e técnica.

Uma iniciativa interessante na esfera administrativa é um programa lançado em junho de 2008 no âmbito daquele que talvez seja o maior litigante nesta modalidade de conflito: o Instituto Nacional do Seguro Social, autarquia federal encarregada da administração de benefícios previdenciários de cunho obrigatório no âmbito do setor privado, bem como de benefícios assistenciais existentes em nível federal. Trata-se do “Programa de Redução de Demandas Judiciais do INSS”, viabilizado através de parceria entre a autarquia e a Advocacia-Geral da União, cujo objetivo, segundo notícia divulgada no sítio “Consultor Jurídico”, seria “diminuir em 40% por ano a quantidade de ações contra o instituto”, mediante a resolução dos conflitos já na esfera administrativa. Prossegue a notícia:

Segundo os cálculos dos dois órgãos, a redução representaria cerca de um milhão de ações a menos por ano. A economia em custas processuais seria de cerca de R\$ 2 bilhões ao erário. Para o Judiciário, o custo com ações do INSS é de cerca de R\$ 460 milhões.

Existem na Justiça 5 milhões de ações contra o INSS. Todo mês são ajuizados 180 mil novos processos. A média de ações é de 46,58% dos benefícios negados pela Previdência todos os meses.

[...]

Toffoli [que era o Advogado-Geral da União à época e foi entrevistado pela reportagem] afirma que o grande indeferimento de pedidos ocorre, às vezes, porque os servidores estão preocupados com possíveis penalidades, interpretando a legislação de maneira exigente.

‘Por isso, é necessário melhorar a eficiência da análise dos pedidos. Eles não são advogados e os procuradores federais darão segurança jurídica a esta análise, para que não haja abusos ou deferimentos incorretos’, afirmou.<sup>219</sup>

O programa em questão foi previsto na Portaria Interministerial 08, de 2008, que estipula que este

[...] consistirá na identificação de conflitos jurídicos em matéria previdenciária, havidos em sede administrativa ou judicial, os quais serão previamente resolvidos pelo Ministério da Previdência social, assessorado por sua Consultoria Jurídica, ou pela Advocacia-Geral da União, por meio da fixação da interpretação da legislação previdenciária a ser uniformemente seguida pelas Agências da Previdência Social e pelos Procuradores Federais que representam o INSS em juízo ou que prestam consultoria e assessoramento jurídicos à Autarquia e suas autoridades.

Segundo ainda a notícia supra referida, para viabilizar o programa, a proposta seria “identificar as agências que têm alto nível de rejeição de benefícios. Com esse levantamento, os casos não aceitos serão analisados para que AGU e Previdência façam uma nova interpretação da legislação previdenciária.”

---

<sup>219</sup> Fonte: Revista Consultor Jurídico, 25 de junho de 2008.



Trata-se, assim, de um programa que busca o aprimoramento da consultoria jurídica no seio da autarquia, grande fonte de prevenção de conflitos, sobretudo em matéria de interpretação jurídica. Dada a riqueza trazida pelos casos concretos sob o ponto de vista fático, contudo, não existe consultoria que substitua um sistema estruturado de resolução consensual de conflitos na esfera administrativa, que, entretanto, ainda não existe, seja no INSS ou em outros órgãos federais.

### **6.2.1 A proposta de criação de um processo administrativo simplificado, com tentativa obrigatória (para o ente público) de conciliação**

Apesar de a Constituição de 1988 consagrar o direito de petição perante órgãos públicos, o fato é que a maioria dos entes públicos não dispõe de um órgão administrativo encarregado de processar pedidos formulados pelos cidadãos que não se enquadrem em um padrão prévio decorrente da atividade finalística do órgão (como o pedido de benefícios perante o INSS ou um pedido de certidão negativa de débitos tributários), mas que decorram de um conflito pontual entre o cidadão ou ente privado e o ente público, como, por exemplo, um pedido de indenização por dano decorrente de obra pública ou decorrente de um acidente de trânsito causado por más condições da via pública, entre outros.

Assim, conforme registra a Advogada da União Kaline Davi (2008, p. 15), “a maioria das ações movidas contra os entes federados não foi objeto de pleito administrativo” prévio, razão pela qual ela entende que “a maior causa de aumento do contencioso administrativo se dá pela completa ausência de proximidade entre a Administração e os cidadãos, além da falta de meios para concretização da pacificação dos conflitos em âmbito interno.”

Por esse motivo, defende ela que exista uma regulamentação clara do procedimento para exame pleno dos pleitos formulados no exercício do direito de petição:

[...] a única maneira de se efetivar o direito de petição em toda a sua plenitude é regulamentando o dispositivo constitucional e dotando de competência específica alguns órgãos da Administração, que receberão a parcela de poder indispensável para analisar os casos concretos envolvendo Administração e cidadão, para afinal decidir acerca da controvérsia e adotar a melhor solução de acordo com a Constituição, com os princípios e com as leis. (2008, p. 194).

A partir dessa regulamentação, entende ela que será possível que a Administração, “diante de provas inequívocas, promova tanto a reparação de danos causados aos particulares

como também a declaração de direitos no âmbito interno, ou seja, na medida do possível, solucione os conflitos e controvérsias geradas no exercício das suas funções, sem a intervenção desnecessária do Judiciário.” (2008, p. 195).

Sobre as alegações de que a Administração Pública estaria impedida de reconhecer, *sponte propria*, sem que seja necessária intervenção judicial, os pleitos legítimos dos administrados, argumenta ela que, muito pelo contrário, “a Administração não está proibida de restabelecer, ela própria, uma ordem jurídica que tem o dever de nunca violar” (2008, p. 190). A rigor, a Administração não apenas não está proibida – ela está a tanto obrigada.

Ademais, como lembra a mesma autora, o próprio Supremo Tribunal Federal já consagrou, por meio das Súmulas 346 e 473, a possibilidade de a Administração anular seus próprios atos, quando eivados de nulidade, bem como de revogá-los, quando se revelarem inoportunos ou inconvenientes.

Muito embora, portanto, a regulamentação fosse até mesmo desnecessária à luz de todos os princípios básicos que regem a Administração Pública, notadamente, neste caso, o princípio da legalidade, o princípio da moralidade e mesmo o princípio da eficiência, que recomenda uma solução mais abreviada dos conflitos em que se vejam envolvidos entes públicos, a proposta de regulamentação referida pela autora faz sentido num contexto em que o controle interno de legalidade é exercido de forma bastante imperfeita, justamente porque, de um lado, os entes públicos não entendem que são obrigados a consultar seus órgãos de consultoria jurídica em todas estas situações e, de outro, os órgãos de consultoria jurídica não dispõem da independência necessária para exercer um controle abrangente de legalidade.

Em texto oferecido à discussão pela oficina temática que debateria o tema “Contribuição à melhoria dos serviços judiciários e à celeridade da prestação jurisdicional”, durante o I Congresso Brasileiro das Carreiras Jurídicas de Estado, promovido pela Advocacia-Geral da União e reunindo membros da magistratura, Ministério Público, Advocacia Pública, Defensoria Pública e Delegados de Polícia, em Brasília em 2008, conforme consta dos anais <sup>220</sup>, Ronaldo Jorge Araujo Vieira Júnior, que ocupava e ainda ocupa o cargo de Consultor-Geral da AGU, afirmava:

A Oficina deve analisar se a legislação existente é adequada para, de um lado, impedir a formação de relações espúrias entre segmentos do setor

---

<sup>220</sup> Publicados pela Editora Lumen Juris, em 2009. A citação foi extraída da página 13.

privado e o Estado e, de outro, para assegurar autonomia decisória e reconhecimento de direitos, ainda na esfera administrativa, sem que a matéria seja forçosamente encaminhada ao Poder Judiciário.

Existem, assim, propostas da Advocacia-Geral da União no mesmo sentido defendido por Kaline Davi. Em entrevista à Revista da OAB/DF no. 12 (ano 4), em 2009, o então Advogado-Geral da União e atual Ministro do STF José Antonio Dias Toffoli afirmou:

Quando o adversário do cliente de um advogado privado é o setor público, ele deve procurar as instituições públicas e tentar resolver administrativamente. Se não conseguir, deve procurar a AGU – um órgão de Estado que presta assessoramento jurídico para todos os órgãos públicos federais. Só em última hipótese deve levar uma causa ao Judiciário.[...]

É uma função da AGU verificar se o cidadão tem o direito e garanti-lo. Se o cidadão não tiver esse direito e buscá-lo no Judiciário, aí a União vai fazer a defesa. [...] Quando o cidadão tem razão, a advocacia de Estado deve reconhecer o direito dele. Estamos finalizando um projeto de lei da responsabilidade do Estado. Pela proposta, se o Estado, por meio de algum dos seus agentes, causou dano a um cidadão brasileiro, esse cidadão, em vez de recorrer ao Judiciário, apresenta o pedido administrativamente à AGU.

Cabe apenas observar que: a) a referida previsão é necessária também em relação a demais pleitos de expedição, modificação ou anulação de ato administrativo, não apenas pedidos de indenização, razão pela qual seria bem mais adequada a inserção da regra na Lei Geral de Processo Administrativo; b) a previsão deve levar em conta as três esferas da Federação, substituindo-se, portanto, AGU, por “órgão da Advocacia de Estado”.

Note-se, ainda, que muitos Municípios brasileiros não contam com um “setor jurídico” independente, no qual exista ao menos um cargo de advogado público de carreira, o que dificulta bastante a implementação da regra nesses casos. Talvez fosse o caso de remessa do pedido aos “órgãos de controle interno”, quando não houver Procuradoria instituída, prevendo-se claramente, em qualquer caso:

- a) a possibilidade de produção de prova na esfera administrativa (inclusive pericial, se necessário);
- b) a **disponibilização de uma instância conciliatória para solucionar o conflito, cuja criação deve ser obrigatória para o Poder Público**, mas sua utilização deve ser facultada ao cidadão;
- c) a apreciação dos fatos e enquadramento na legislação pertinente por advogado;
- d) a obrigatoriedade de deferimento do pedido caso apresentada ou produzida administrativamente prova inequívoca e o parecer jurídico seja favorável, à luz da legislação e jurisprudência relevantes para o caso.

### 6.2.2 A atuação das ouvidorias

Uma das esferas onde são bastante empregadas, de forma espontânea, as técnicas conducentes a uma solução consensual de conflitos envolvendo entes públicos são as ouvidorias – com destaque para a mediação.

Cabe um pequeno esclarecimento preliminar sobre a missão e estrutura destes órgãos, a fim de que se possa aferir a adequação do instrumental da mediação neste espaço.

Sob o ponto de vista funcional, as ouvidorias podem constituir um canal para recebimento de manifestações dos usuários acerca da qualidade dos serviços que lhe são prestados (público externo), acerca do funcionamento das diferentes áreas de uma organização ao se relacionar com seu público interno ou ambas (caso das ouvidorias mistas).

Muito embora elas não se prestem apenas a receber manifestações negativas, podendo também receber elogios ou sugestões, a função mais lembrada (e utilizada) costuma ser a de receber e encaminhar adequadamente as reclamações, de modo que muitos entendem que se trata inclusive de mecanismo de concretização do comando do artigo 37, § 3º, I, da Constituição Federal, que determina que a lei criará sistema de atendimento às reclamações dos usuários de serviços públicos.

Sob o ponto de vista estrutural, muitos salientam a importância da existência de garantias de independência para o ocupante da função de ouvidor, mediante, por exemplo, a garantia de um mandato.

Lucas Lehfeld, ao comentar a atuação das ouvidorias no âmbito das agências reguladoras, alinha-se entre aqueles que preconizam a máxima independência possível, devendo ser o ouvidor inclusive estranho aos quadros da instituição:

A Ouvidoria, como órgão independente da agência, com a competência de trazer à tona questões de relevância para o melhoramento da atuação da própria instituição, não pode ser ocupada por alguém que esteja submetido à hierarquia natural entre nomeado e nomeante. A imparcialidade, portanto, inicia-se desde o momento do processo de ocupação do cargo, o qual deve ser preenchido por pessoa estranha, embora qualificada, aos quadros da agência, sem vínculo hierárquico, bem relacionado com os agentes econômicos interessados na regulação e com o dever funcional de prestar contas à Administração Pública, ao Parlamento (Congresso Nacional) e à sociedade (2008, p. 302).

Estas garantias, de fato, podem reforçar a efetividade da atuação de uma ouvidoria, já que tais órgãos, como lembra Lehfeld, não possuem poder para revogar ou anular decisões, mas podem exercer influência e persuasão na atividade governamental (2008, p. 299).

Neste aspecto, mais do que se pensar na modificação ou desfazimento de decisões administrativas já existentes, a atuação da ouvidoria, como instrumento que é de conhecimento das fontes de insatisfação dos usuários, deve nortear, isto sim, a atuação positiva do órgão público em que ela se insere, indicando as áreas que necessitam de aprimoramento ou mesmo projetos e programas que necessitem ser criados para o atendimento de demandas que são consideradas suficientemente relevantes.

Quando recebem também reclamações provenientes do público interno, é muito comum que as ouvidorias tenham que lidar com conflitos no ambiente de trabalho, o que normalmente justifica um tratamento especializado, como se verá no próximo capítulo.

Quando se trata, porém, de conflitos entre o público externo e a organização, muitas vezes, o atendimento pode ser resolvido com a prestação de uma informação, mas, muitas outras vezes, tem-se típico conflito entre administrado e ente público. Dado o potencial da mediação para buscar uma solução de conflito que atenda de forma ampla aos interesses legítimos das partes, não se restringindo às situações em que exista uma norma jurídica expressa, mas envolvendo, de forma geral, a satisfação mútua dos envolvidos com a solução encontrada, suas técnicas se revelam as mais adequadas para a gestão de conflitos pelas ouvidorias. Também aqui, muitas vezes, não existe uma regra clara que permita dizer se o pleito do usuário do serviço merece ou não ser atendido, mas existe uma diretriz de proporcionar satisfação ao usuário, na medida da missão institucional da organização.

Não se pretende aqui defender que a atuação das ouvidorias se restrinja à solução de conflitos, pois, como apontam Cardoso e Vieira, existe a “necessidade de o ouvidor ter de submeter-se a capacitação na área de gestão, para não se transformar em simples ouvinte e receptor de queixas e reivindicações da sociedade, sem condições de atuar como transformador do aparelho, seja ele estatal ou particular.” (2005, p. 36).

Todavia, como Cardoso também reconhece, em outro trabalho, “na formação do ouvidor, é indispensável o instrumental técnico da mediação de conflitos como complemento à sua formação, em busca da eficiência e efetividade das atividades da ouvidoria” (2006, p. 62).

Como bem resume Gabriel Felipe de Souza (2009, p. 609),

[...] a ouvidoria é uma ferramenta ágil de gestão, que fornece subsídios para a tomada de decisão e para uma gestão mais eficiente dos seus recursos humanos e financeiros, com vistas à eficiência e à transparência da sua prestação de serviços à população. A ouvidoria também é um instrumento de solução de conflitos internos e/ou externos e contribui para a consolidação da democracia participativa.

Edna Lúcia Volpi e outras (2008), por sinal todas integrantes da Ouvidoria-Geral do Município de São Paulo, como parte de sua pesquisa desenvolvida em curso de aperfeiçoamento em Ouvidoria Pública e Privada no Brasil, promovido pela UNICAMP, aplicaram um questionário aos participantes de um curso de ouvidores, bem como aos participantes do próprio curso de aperfeiçoamento, no qual indagaram dos respondentes (dos quais 74% se identificaram como ouvidores e 26% declararam exercer suas atividades em ouvidorias) se estes entendiam como útil ou oportuna a utilização da mediação no âmbito das ouvidorias. 97% dos respondentes, segundo as autoras, declararam entender que as ouvidorias devem empregar o instrumental da mediação. 71% deles declararam que já empregam a mediação de forma intuitiva (com destaque para as ouvidorias que atendem o público interno), porém apenas 15% já participaram de capacitação na área, sendo que 35% afirmaram que pretendem participar. Assim, para elas:

A semelhança de propósitos e procedimentos, a construção do pensamento e da prática ética nas relações interpessoais, o perfil do ouvidor compatível com a mediação, entre outros elementos, desembocam na conclusão de que a mediação nas ouvidorias é um processo irreversível.

Em conclusão, as ouvidorias podem incorporar a mediação entre os instrumentos para se atingir o escopo de sua atribuição, independentemente de uma legislação específica. Para tanto, é essencial a premissa da capacitação para o desempenho em ouvidoria, pressupondo, entre outros, o conhecimento em mediação, posto que o engloba.” (2008, p. 14).

Por fim, merece ser referido o entendimento de Gerardo Carballo Martinez, ex-Ouvidor-Geral Federal na Espanha, cuja tese de Doutorado consiste precisamente em um aprofundado estudo sobre as possibilidades de uso da mediação de conflitos no âmbito das ouvidorias públicas. Para ele, o instrumental da mediação tem potencial de “no sólo resolver conflictos del pasado sino proponer acuerdos que eviten problemas de cara al futuro, siendo su carácter dinámico lo que singulariza a esta figura frente a otros medios de resolución de conflictos que, por su naturaleza, son siempre estáticos e inmutables.” (2008, p. 503-504) – vale dizer, trata-se também, se empregado com criatividade e flexibilidade, de poderoso método de prevenção de conflitos.

É possível depreender das lições de Martinez que, para a realização deste potencial em sua plenitude, contudo, deve-se ter uma concepção que vá além das técnicas tradicionais de resolução de conflitos individuais:

Pese a la consideración genérica de atribuir al *Ombudsman* una función mediadora, creo que no debe correrse el riesgo de acotar esta práctica hacia una actividad mediadora más selectiva o reduccionista, concibiéndola únicamente como un medio contractual o convencional de solución o prevención de conflictos en el marco de la libre autonomía de la voluntad.

Ha de tenerse en cuenta que la mediación que singulariza a estas instituciones constituye el género y no la especie, y por lo tanto, la tarea mediadora que incumbe al Defensor del Pueblo se centra esencialmente en el uso imaginativo y eficaz de los instrumentos legales más adecuados en la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos. (2008, p. 511).

Trata-se de concepção que se aproxima, de certa forma, da mediação de conflitos coletivos, que se descreverá no último capítulo, muito embora deva se caracterizar, naturalmente, por grau muito maior de informalidade do que aquela que se desenvolve no caso de um conflito que já se encontra judicializado.

### **6.3 Processo individual de licenciamento ou autorização de obras ou empreendimentos**

Em nosso ordenamento, dependem de licenciamento ou autorização uma série de atividades que, em maior ou menor grau, expõem a risco bens de interesse de toda a coletividade, como o meio ambiente, a saúde, a educação, a segurança pública, o ordenamento do solo urbano, etc.

Todo particular, assim, que pretende realizar obra ou empreendimento que possa afetar, em medida considerável, tais bens, precisa sujeitar-se a um processo de licenciamento ou autorização, a ser exercido pelos órgãos de proteção ambiental, vigilância sanitária, e assim por diante.

A determinação das exigências a serem feitas do particular, todavia, muito embora estas venham delineadas na legislação específica, pode comportar uma certa flexibilidade para o órgão licenciador ou autorizador, de modo a ter em conta peculiaridades do caso concreto, e mesmo informações ou ponderações provenientes da comunidade interessada. É o que ocorre, por exemplo, no caso do licenciamento ambiental, em que se prevê a realização de audiências públicas em determinadas hipóteses, possibilitando assim um diálogo aberto com todos os interessados ou afetados pela obra ou empreendimento. Da mesma forma, a

realização de obras ou empreendimentos cujo impacto ambiental exceda ao recomendável em áreas ambientalmente sensíveis deve ser condicionada à implementação de “medidas compensatórias”, tal como dispõe o artigo 36, § 3º, da Lei 9.985, de 2000, para empreendimentos que afetarem unidades de conservação ou suas zonas de amortecimento.

Batista Júnior (2007, p. 378 e ss.) descreve o mesmo posicionamento na doutrina portuguesa e defende sua utilização ampla no Brasil, sempre que o interesse público for melhor atendido com a solução consensual:

Na doutrina portuguesa, Sérvulo Correia dá exemplo de contrato administrativo alternativo passível de ser celebrado entre Administração e administrado, que é o contrato administrativo complexo. Nas palavras do autor, é o que sucederá, por exemplo, se uma câmara municipal conceder uma licença de loteamento (ou se obrigar a concedê-la) em contrato com promotor imobiliário que, em contrapartida, se obrigue a construir determinados imóveis destinados à satisfação direta de necessidades coletivas (escolas, centros de cultura, etc). No caso do exemplo, potencial conflito de interesses entre a Administração e o administrado pode ser afastado pelo contrato administrativo complexo. A Administração, concedendo a possibilidade de o administrado atender ao interesse da coletividade mediante prestação alternativa, propicia solução que atende tanto ao administrado, que precisa da licença, como possibilita à Administração atender de forma otimizada ao bem comum.

[...] Normas de incidência genérica são afastadas, no caso concreto, para que o interesse público possa ser atendido de forma otimizada e diversa daquela que ocorreria com a simples aplicação mecânica da norma genérica pela Administração.

Outros exemplos de atuação fundada na transação de interesses legítimos que pode se dar no exercício da atividade de licenciamento pelo Poder Público são apontados por Batista Júnior (2007, p. 434 e ss.) na esfera urbanística, onde o próprio Estatuto da Cidade (Lei 10.257, de 2001, artigo 35) previu a possibilidade de que, adotados os procedimentos legais e administrativos pertinentes, os Municípios autorizem o proprietário de imóvel urbano a construir além do coeficiente permitido, mediante o oferecimento de um outro imóvel ao Município ou a redução proporcional do coeficiente em outro imóvel de interesse da coletividade (v.g., imóvel tombado) ou, ainda, mediante compensação financeira ao Município. Trata-se do chamado “solo criado” ou “outorga onerosa do direito de construir”.

No mesmo compasso, o Estatuto da Cidade também prevê, em seu artigo 32, § 2º, que, na realização das denominadas “operações urbanas consorciadas” (que são “o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de



alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e valorização ambiental”), poderão ser previstas,

[...] entre outras medidas:

I – a modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, bem como alterações das normas edilícias, considerado o impacto ambiental delas decorrente;

II – a regularização de construções, reformas ou ampliações executadas em desacordo com a legislação vigente.

O artigo 33 da mesma lei, por seu turno, prevê que a lei específica que aprovar a operação urbana consorciada estabelecerá “a contrapartida a ser exigida dos proprietários, usuários permanentes e investidores privados em função da utilização dos benefícios previstos nos incisos I e II do § 2º. do artigo 32 desta lei”.

Em procedimentos de licenciamento desta natureza, nos quais, muitas vezes, estão em jogo diferentes direitos fundamentais, como o direito à proteção ambiental e o direito ao desenvolvimento econômico, ou o direito de propriedade e o direito da coletividade a um meio ambiente urbano ordenado, a ponderação de interesses a ser realizada pelo órgão licenciador envolve uma complexidade tal que torna altamente recomendável a utilização de mecanismos que favoreçam a construção de uma solução consensual após amplo estudo técnico e debate com o empreendedor e a comunidade afetada. Descrevo esses mecanismos e exemplos de casos em que eles foram utilizados com sucesso nos EUA no apêndice 4 deste trabalho.

#### **6.4 Processo individual disciplinar**

Na esfera do processo de apuração de possível infração disciplinar por servidor público, existem, no Brasil, iniciativas bastante inovadoras nas quais se admite e incentiva a utilização de meios consensuais para resolução deste tipo de litígio.

A iniciativa mais conhecida, provavelmente, é a do Município de Belo Horizonte, que, criou, no âmbito de sua Corregedoria, a possibilidade de suspensão do processo disciplinar em casos de infrações cuja gravidade indique a adequação de outras medidas substitutivas do processo sancionador, a partir de uma decisão estratégica do então Controlador-Geral do Município, no ano de 2007.

O instrumento, que foi denominado de SUSPAD (Suspensão do Processo Administrativo Disciplinar), foi introduzido mediante acréscimo de artigo ao Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Belo Horizonte (artigo 225-A da Lei Municipal 9.310, de 1996), e tem clara inspiração na figura da suspensão condicional do processo penal prevista na Lei 9.099, de 1995, como relata Luciano Ferraz (2007), jurista que propôs a norma e que implementou o instituto na administração pública municipal. Os objetivos centrais do instituto, segundo ele, seriam: “a) conferir maior celeridade aos processos instaurados pela Corregedoria – princípio da economia processual; b) permitir a auto-recuperação do servidor nas infrações de baixo potencial lesivo à disciplina interna da Administração.”

A suspensão do processo disciplinar, inaplicável “às infrações disciplinares que correspondam a crimes contra a Administração Pública, a crimes aos quais seja cominada pena mínima igual ou superior a 1 (um) ano, a atos de improbidade administrativa e nos casos de abandono de cargo ou emprego”, pode se dar por um a cinco anos, sendo a duração graduada conforme a gravidade da falta, “desde que o servidor não tenha sido condenado por outra infração disciplinar nos últimos cinco anos” (texto da lei). Ela suspende a prescrição durante o seu curso e se subordina ao cumprimento de determinadas condições por parte do servidor, como a reparação do dano (se houver), a prestação de serviços voluntários à comunidade e o comparecimento bimestral à Corregedoria-Geral do Município para apresentar declaração da chefia imediata atestando o bom desempenho no cargo e conduta disciplinar, devendo ser revogada em caso de descumprimento de quaisquer das condições assumidas. O servidor que for beneficiado pela suspensão fica impedido de gozar do mesmo benefício durante o seu curso, bem como pelo dobro do prazo da suspensão, após o seu encerramento.

O instrumento veio a obter, em seus primeiros meses, um grau de adesão de 79% por parte dos servidores, sendo que o número de processos disciplinares solucionados a partir da introdução da medida cresceu em 379% e a duração média de tais processos caiu de 9 para 5 meses, conforme relata Ferraz (2007).

Conforme noticia o mesmo autor, outros Municípios e mesmo Estados estudam a adoção de procedimento similar, sendo que a possibilidade também veio a ser discutida no âmbito da Controladoria-Geral da União.

Na esfera federal, em 2009, o Banco Central do Brasil veio a prever tal possibilidade no processo de apuração de violação ao Código de Ética por seus servidores (art. 20 do Regimento Interno da Comissão de Ética do BACEN, admitindo a celebração de Acordo de Conduta Pessoal e Profissional)<sup>221</sup>. Tal norma, contudo, ainda não chegou a ser aplicada a nenhuma situação concreta, segundo informação verbal do Secretário da Comissão de Ética em questão (analista José Augusto Varanda), pois, no único caso em que sua utilização foi proposta, um dos servidores envolvidos no litígio discordou da celebração do ajuste.

Na esfera estadual, o Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso acaba de implantar, por meio da Resolução Administrativa nº. 9, de setembro de 2010, a possibilidade de celebração de “termo de ajustamento de conduta como medida alternativa a incidentes disciplinares”, podendo “ser aplicado nos casos em que inexistir dolo ou má-fé na conduta do servidor, que o histórico funcional do servidor e a manifestação de superiores hierárquicos lhes abonem a conduta precedente e que a solução se mostre razoável no caso concreto.”<sup>222</sup>.

## **6.5 Processo individual de desapropriação ou de demarcação de terras indígenas ou remanescentes de quilombos**

Apesar da tendência à judicialização de tal procedimento, mais uma vez pela inexistência de mecanismos administrativos que favoreçam a solução consensual, segundo o Decreto-lei 3.365, de 1941, a desapropriação de imóveis para fins de necessidade ou utilidade pública, em nosso ordenamento, pode perfeitamente ser realizada pela via amigável. É o que dispõe o artigo 10 daquela norma:

A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente.

Da mesma forma, se vier a ocorrer acordo no curso do processo judicial, nos termos do artigo 22, este será homologado pelo juízo.

---

<sup>221</sup> Dispõe a norma em questão:

“Art. 20. (...)”

§ 4º. A juízo da Comissão de Ética, mediante consentimento do denunciado, poderá ser lavrado Acordo de Conduta Pessoal e Profissional (ACPP).

§ 5º. Lavrado o ACPP, o Procedimento Preliminar será sobrestado, por até dois anos, a critério da Comissão de Ética, conforme o caso.

§ 6º. Se, até o final do prazo de sobrestamento, o ACPP for cumprido, será determinado o arquivamento do feito.

§ 7º. Se o ACPP for descumprido, a Comissão de Ética dará seguimento ao feito, convertendo o Procedimento Preliminar em Processo de Apuração Ética.”

<sup>222</sup> Fonte: <<http://www.tce.mt.gov.br>>, no setor “Corregedoria”, “Notícias”. Acesso em 26.9.2010.

Na hipótese de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, disciplinada pela Lei Complementar 76, de 1993, não existe previsão similar de desapropriação amigável na esfera administrativa, possivelmente pela maior dificuldade na realização do acordo, muito embora exista a previsão da possibilidade de realização de audiência de conciliação “com o objetivo de fixar a prévia e justa indenização” (artigo 6º., parágrafo 3º. e seguintes e artigo 10 da referida lei).

Muito embora, em especial na desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, a redação da legislação não torne obrigatória a utilização da via amigável, parece evidente que o princípio da eficiência administrativa impõe a tentativa. Como anota Batista Júnior (2007, p. 459),

[...] em reverência ao mandamento de boa administração, que impõe o dever de persecução otimizada do bem comum, se o litígio é sempre oneroso tanto para a Administração como para o administrado, e se pode ser evitado pelo acordo, por certo firma-se a necessidade de a Administração buscar a solução concertada mais eficiente, efetuando sempre uma proposta de transação.

[...] Quando o ente público deseja a satisfação imediata de seus propósitos, evitando os custos e transtornos de processo judicial, a transação expropriatória pode ser o meio hábil para proporcionar celeridade e eficiência na satisfação do interesse público.

A possibilidade de transação na desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária veio a ser regulamentada pela Instrução Normativa nº. 5, de 11 de julho de 2002, do INCRA.

Já a demarcação de terras indígenas, dever constitucionalmente atribuído à União (artigo 231 da CF), que deveria ter sido concluída no prazo de 5 anos após a promulgação da Constituição (artigo 67 do ADCT), assim como a emissão de títulos de propriedade aos ocupantes de comunidades quilombolas que também foi determinada pela Constituição (artigo 68 do ADCT), são assuntos igualmente sensíveis na questão fundiária, que dão ensejo a inúmeros conflitos em sede administrativa e judicial, o que demonstra a imensa necessidade e utilidade de se utilizar um mecanismo consensual para obter a solução preconizada pelo texto constitucional.

## **6.6 Processo individual de licenciamento para atuação profissional ou supervisão disciplinar desta atividade**

Uma possibilidade, por fim, ainda totalmente inexplorada, de utilização de meios consensuais na resolução de conflitos envolvendo entes públicos e cidadãos fiscalizados diz respeito àqueles que se verificam no exercício da supervisão de profissões regulamentadas.

As razões são exatamente as mesmas do processo disciplinar envolvendo servidores públicos: em infrações de pequena gravidade, em que o risco de lesão ao interesse público é bastante mitigado, parece ser mais adequada a celebração de um acordo pelo qual o profissional, sem assumir expressamente a responsabilidade pelo cometimento da infração, assuma, porém, o compromisso de ter sua conduta monitorada e de adotar determinados comportamentos que sejam adequados às circunstâncias do caso, tal como definido pelo órgão infrator, com efeito de suspender assim o processo disciplinar contra si instaurado. A utilização de um profissional capacitação em mediação neste contexto poderia otimizar ainda mais os resultados de uma tentativa de conciliação.

Tendo em vista a multiplicidade de profissões regulamentadas, parece que seria altamente recomendável a edição de uma lei geral estabelecendo esta possibilidade para o processo disciplinar envolvendo infrações leves em todas elas. Esta medida possibilitaria que os entes supervisores adotassem, para tais infrações, de forma célere e consensual, uma solução que esteja adequada às circunstâncias do caso e pudessem, assim, focar suas energias na repressão de casos realmente graves de conduta profissional inadequada. Importa ressaltar que os casos realmente graves, que deveriam chegar até os órgãos supervisores mediante fiscalização de ofício, muitas vezes sequer geram a instauração de processo administrativo, muito menos a aplicação de penalidades – a qual, inúmeras vezes, acaba jamais ocorrendo em decorrência da prescrição, tão longa costuma ser a duração de tais processos.

## **6.7 Gerenciamento de processos e processo administrativo coletivo**

A legislação brasileira sobre processo administrativo é omissa acerca do número de partes no processo em questão. Todavia, é evidente que, no exercício da competência de supervisão sobre entes regulados, as agências reguladoras, que recebem reclamações quanto ao descumprimento de suas normas regulamentares (ou de normas legais) por parte dos entes

regulados, frequentemente se deparam com situações de violação sistemática da norma por um determinado ente.

A Lei 9.784, de 1999, inclui, em seu artigo 2º., que estipula os critérios norteadores do processo administrativo, a seguinte diretriz: “IX – adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados.”

Da mesma forma, como se sabe, o princípio da eficiência administrativa encontra expressa previsão constitucional.

Esse quadro principiológico parece evidenciar que, em casos desta natureza (diversas reclamações de usuários, referentes à mesma violação de norma cujo cumprimento compete ao ente regulador exigir do ente regulado), pelas mesmas razões que recomendam a coletivização dos conflitos judiciais que envolvem políticas públicas, existe a necessidade e utilidade de se reunirem todos os procedimentos relacionados a uma única empresa, a fim de se propiciar uma abordagem global e eficaz do problema, mediante um “processo administrativo coletivo”.

Esta medida traz a evidente vantagem de propiciar que seja exigido do ente violador que elabore um plano de ação destinado a corrigir a conduta ilícita com relação a todos os seus usuários, bem assim um plano destinado a estabelecer critérios de reparação dos danos já causados aos reclamantes e outros prejudicados que venham a ser identificados pela ação fiscalizadora. Desta forma, a postura da empresa no que diz respeito à adequação futura de seu comportamento às normas vigentes, bem como no que toca à correção das violações já ocorridas, poderá ser considerada no momento da fixação da penalidade a ser aplicada por seu comportamento ilícito passado.

Ainda que não seja, porém, instaurado um único processo, é evidente a possibilidade de se reunirem, para trâmite conjunto, os diferentes processos administrativos envolvendo a mesma reclamação contra determinado ente regulado.

Note-se que ao menos uma agência reguladora já previu tal procedimento em norma regulamentar. A Resolução nº. 442, de 2004, da ANTT, previu expressamente a possibilidade, em seu artigo 9º.:

Artigo 9º. Ocorrendo pluralidade de infrações, cometidas por um mesmo infrator, a ANTT poderá, a seu exclusivo critério, instaurar um ou vários processos distintos, considerando, dentre outros fatores, a natureza das ocorrências e as penalidades cabíveis.

Registre-se, porém, que, tendo em vista a complexidade do tema, que envolverá os usuários do serviço (prejudicados pela violação da norma) que já haviam feito reclamações, os usuários que ainda não haviam feito reclamações (a serem ainda identificados pela ação fiscalizadora), a reparação dos danos já ocorridos, a definição de penalidade adequada (à luz dos critérios legais e circunstâncias fáticas envolvidas) e, ainda, o plano de ação para adequação do comportamento futuro do ente regulado, este tipo de procedimento, para que seja adequadamente implementado, necessitará da intervenção de um terceiro capacitado em mediação de conflitos, o qual pode ou não pertencer aos quadros da agência. Sobre o procedimento e técnicas a serem adotados por este terceiro, discorrerei no último capítulo.

Por ora, passo a tratar, da transação na esfera administrativa no direito comparado.

## **6.8 Transação em processos administrativos no direito estrangeiro**

Antes de ingressar na descrição propriamente dita da possibilidade de utilização da mediação ou outros meios consensuais na esfera administrativa em outros países, cabe referir, no plano europeu, que a Recomendação 9, de 2001, do Comitê de Ministros dos Estados membros da União Europeia encoraja estes países a adotarem meios alternativos de resolução das controvérsias entre cidadãos e entes públicos.

### **6.8.1 Estados Unidos**

Nos EUA, além de ser amplamente permitida e praticada a conciliação em processos judiciais e administrativos envolvendo o Poder Público, o “Administrative Dispute Resolution Act”, de 1996, veio a dispor que todos os órgãos públicos federais deveriam estabelecer uma “política de gestão de conflitos e uso de meios alternativos de resolução de disputas”, a serem empregados nos processos administrativos, na elaboração de regulamentos administrativos, na administração de contratos, nos processos judiciais, na emissão e revogação de licenças e autorizações e, ainda, em ações relativas à execução forçada de decisões do órgão (Section 3). A mesma legislação determinou que cada órgão designasse um gestor de primeiro escalão para atuar como especialista em resolução de disputas, o qual, juntamente com outros empregados em posição de comando na organização, deveria receber treinamento apropriado na matéria.

Para implementar esta regra, a grande maioria das agências federais americanas que a cumpriram optou por sistemas de mediação, muito embora, como se verifica do “Report for the President on the use and results of alternative dispute resolution in the Executive Branch of the Federal Government”, elaborado pelo Comitê Intergovernamental encarregado do assunto em abril de 2007, a maioria dos entes federais ainda não utilize métodos apropriados de resolução de conflitos na medida em que deveria.

A simples conciliação, entretanto, é extensamente praticada.

### 6.8.2 Espanha

Na Espanha, existe previsão genérica autorizando a celebração de transações em processos administrativos desde a Ley 30, de 26.11.1992, que regula o “Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

O artigo 88 da referida lei assim dispõe:

Terminación convencional – 1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que **no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico** ni versen sobre **materias no susceptibles de transacción** y tengan por objeto **satisfacer el interés público que tienen encomendado**, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin. (grifei)

Entretanto, como aponta Batista Júnior, a doutrina espanhola se divide quanto à aplicabilidade imediata desta regra:

[...] parcela da doutrina espanhola, no que diz respeito aos acordos vinculantes, entende que o artigo 88 da L30 não é de aplicação direta, mas reclama necessária habilitação específica. Ramón Parada, por exemplo, entende que a L30 não basta para a celebração de contrato alternativo, mas é preciso norma específica que regule previamente esta forma de terminação do procedimento. [...]

Por outro lado, para Delgado Piqueras, dentre outros, não são necessárias habilitações legais específicas posteriores. Para o autor, o artigo 88 contém habilitação para genérica *potestad negociadora* das Administrações Públicas, operativa por si mesma, sem prejuízo de que, na determinação do alcance, efeitos e regime jurídico, possa o referido artigo ser complementado



por disposições específicas que regulem a matéria sobre a qual tal potestade se exerça. (2007, p. 353-354)<sup>223</sup>.

Importante assinalar que a norma em questão veda a transação em “matérias não suscetíveis” de negociação, mas, segundo Batista Júnior (2007, p. 356), “nem a L30 nem outra norma do ordenamento espanhol relacionam as matérias insuscetíveis de transação.”

A mesma lei prevê ainda a terminação consensual do procedimento administrativo em seu artigo 107.2, autorizando que leis setoriais substituam o recurso ordinário por “outros procedimentos de impugnação ou reclamação, inclusive os de conciliação, mediação e arbitragem”.

Ainda, cabe fazer menção às normas constantes da Ley 29, de 13.7.1998, “reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa”, a qual dispõe, *verbis*:

Artigo 77. 1. En los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre **materias susceptibles de transacción** y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad. [...]

3. Si las partes llegan a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el Juez o Tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros. (grifei)

Novamente, tem-se a menção ao fato de que o conteúdo do acordo deve respeitar os parâmetros legais aplicáveis, bem assim não pode abranger “matérias não suscetíveis de transação”. Inexistindo regra geral a respeito, parece que a transigibilidade ou não deve ser pesquisada em normas setoriais.

No que diz respeito aos critérios para celebrar a transação por entes públicos, López (2008, p. 204) ressalta “la necesidad de que el juego de estas técnicas persiga como objetivo la satisfacción del interés público.” A mesma autora cita também a lição de Sanchez Morón acerca do tema: “la negociación y el pacto conseguiente sólo pueden versar sobre los

---

<sup>223</sup> Cabe referir, assim, que diversas outras normas setoriais autorizativas de transações foram editadas, como relata Batista Júnior (2007, p. 354): Reglamento de Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Civil (Real Decreto 429, de 26.3.1993), Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de las Potestades Sancionadoras (Real Decreto 1.398, de 4.8.1993) e Reglamento de Procedimiento de Concesión de Subvenciones Públicas (Real Decreto 2.225, de 17.12.1993).

elementos discrecionales de la decisión administrativa”<sup>224</sup> Deve, assim, o conteúdo do acordo, segundo ela (2008, p. 205), observar integralmente as normas jurídicas aplicáveis ao caso: “el límite de la reserva de ley se extiende también al contenido de las actuaciones consensuales, dado que, si esto no fuera así, dicha reserva actuaría, en relación con la institución convencional, como una mera habilitación en blanco.”

Respeitados os limites legais que devem presidir a celebração de acordos no âmbito da Administração Pública, entende ela (2008, p. 213) que, em realidade, a possibilidade de transação representa um grande ganho em termos de transparência e isonomia no processo administrativo: “el reconocimiento normativo de las figuras convencionales ha supuesto su inserción en el procedimiento, significando ello un paso adelante, no solamente por el carácter garantista del procedimiento, sino porque, con anterioridad, las negociaciones se producían al margen del mismo.”

É importante referir, por fim, a notícia dada por Batista Júnior (2007, p. 360) no tocante à possibilidade de que estas leis setoriais venham a estipular a conciliação ou a mediação como fase obrigatória preliminar ao recurso ao Judiciário: “o Tribunal Constitucional espanhol já se pronunciou no sentido de que é possível essa previsão, desde que a medida seja justificada e conforme ao mandamento de proporcionalidade.”

### 6.8.3 Itália

Na Itália, desde a Legge n. 241, de 7 de agosto de 1990, passou a ser possível, como anota Batista Júnior (2007, p. 342), “em caráter geral, o recurso aos acordos entre Administração e administrados que, segundo seus termos, apenas devem ser afastados em virtude de expressa proibição legal ou em razão de disciplina normativa de caráter setorial incompatível com a via concertada.”

Prossegue ele, delimitando a abrangência de tais acordos, com base na legislação referida:

Nos termos do artigo 11 da L241, a Administração Pública, sem prejuízo do direito de terceiros, em cada um dos casos de atuação em prol do interesse público, pode celebrar acordos com os interessados com o intuito de determinar o conteúdo discricionário da decisão administrativa final

---

<sup>224</sup> La terminación convencional de los procedimientos administrativos. In: PISARIK, Gabriel E. **Convención y arbitraje en el Derecho Tributario**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

(*accordi integrativi*) ou, nos casos previstos na lei, em substituição a esta (*accordi sostitutivi di provvedimento*) [...]

os *accordi sostitutivi* e *integrativi* são contratos de direito público, mais especificamente, contratos de subordinação, isto é, contratos celebrados com a Administração Pública que conta com a possibilidade de exercer seus poderes de forma unilateral na ausência de acordo. [...]

Nos termos do artigo 13 da L241, o artigo 11 não se aplica aos acordos que tenham por objeto a emanção de atos normativos, atos administrativos gerais, planos e programas, nem aos atinentes a procedimentos tributários. [...]

No que diz respeito, mais especificamente, aos *accordi procedurali*, o Direito Italiano reconhece, no artigo 11, que o conteúdo decisório de qualquer ato administrativo discricionário pode ser objeto de negociação (2007, p. 343-345).

Ao comparar o artigo 11 da Lei 241 italiana com o § 54 da legislação alemã, o juspublicista Guido Greco (2009, p. 103) esclarece que, muito embora o contrato administrativo como transação destinada ao encerramento de litígio não conte com previsão expressa na legislação italiana, ele pode sim enquadrar-se no gênero de contratos administrativos nela previstos.

Entende, ainda, Greco (2009, p. 104) que o acordo em questão pode, inclusive, ter por objeto “direitos indisponíveis”: “Quanto alle reciproche concessioni, che sono poi il contenuto della transazione, occorre rilevare che, per la verità, esse possono realizzarsi e verificarsi anche nell’ambito della formazioni di un atto amministrativo unilaterale.”

Tal possibilidade se justifica, segundo ele, pelo princípio da proporcionalidade, que preconiza o exercício dos poderes administrativos de maneira que, ao mesmo tempo, se atinja o interesse coletivo e se sacrifique minimamente o interesse particular. Se é possível, defende, conciliar o atendimento ao interesse geral (interesse público primário) com o interesse patrimonial secundário, patrimonial, do particular, o acordo pode ser firmado (2009, p. 107). Além disso, tais transações constituem “instrumento de paz social, meios de descongestionar os processos e de obter economia de despesas” (2009, p. 107) para a Administração.

Ademais, afirma ele que a prática de realização de acordos envolvendo interesses públicos primários na esfera administrativa não é nova na Itália, bastando lembrar as prorrogações de contratos de concessão de serviços públicos quando o valor das tarifas no período contratado se mostra insuficiente para compensar os investimentos realizados pelo concessionário, acordos que não tinham inicialmente previsão legal, mas passaram a tê-lo (2009, p. 105).

No mesmo sentido, defendendo a ampla possibilidade de transações para encerrarem litígios na esfera administrativa na Itália, as lições de Giovannini (2007, p. 192):

Oggi è dunque diffusa la consapevolezza che lo strumento negoziale, a differenza dell'atto di imperio, possa consentire all'amministrazione di soddisfare con maggior efficacia l'interesse pubblico al cui perseguimento essa è tenuta.

Del resto – nonostante non vi sia una norma generale che l'autorizzi espressamente – è da tempo pacificamente riconosciuta la possibilità per l'amministrazione di ricorrere all'utilizzo della transazione di cui all'articolo 1965, c.c., sia nell'ambito di rapporti di diritto privato, sia in quello dei rapporti di diritto pubblico seppur con le limitazioni che in seguito verranno evidenziate. Dall'ammissibilità del contratto transattivo [de que fala Batista Júnior, como visto acima], doutrina e giurisprudenza hanno implicitamente derivato il riconoscimento (anch'esso ormai indiscusso) in capo all'amministrazione del potere di ricorrere all'istituto della conciliazione per la composizione stragiudiziale delle liti (di una parte di esse ) che la vedano contrapporsi al privato.

Apesar de não haver, assim, legislação específica autorizando a utilização genérica de transações pela Administração Pública na esfera administrativa, a possibilidade vem consagrada em várias normas setoriais, afirma Giovannini, para em seguida mencionar que uma dessas normas apresenta especial interesse, pelo fato de ter suprimido, para as controvérsias envolvendo a Administração Pública, a referência a que o litígio deveria ter por objeto apenas “direitos disponíveis”, “tratando assim de forma diversa duas hipóteses entre as quais não parece haver diferenças significativas. Felizmente, todavia, a versão atual da norma está adequada e correta.” <sup>225</sup> (2007, p. 193).

Para o jurista italiano, atualmente, não faz mais sentido excluir os direitos indisponíveis da possibilidade de transação, já que, “em algumas hipóteses, é bem possível dispor do interesse legítimo, desde que desta disposição não resulte prejudicado o interesse público que orienta as escolhas da Administração Pública” <sup>226</sup> (2007, p. 196) Ademais, sustenta ele, essa exclusão “não se alinha mais ao ‘distinto modo de administrar’ que caracteriza a experiência jurídica contemporânea, fundado em uma horizontalização das relações entre os poderes estatais e os cidadãos [...] radicalmente diversa do que ocorria no passado.” <sup>227</sup> (2007, p. 197-198).

---

<sup>225</sup> Tradução desta autora.

<sup>226</sup> Tradução desta autora.

<sup>227</sup> Tradução desta autora.

A utilização de meios consensuais de solução de conflitos atua, assim, para Giovannini (2007, p. 202), como instrumento de reforço da legitimidade da atividade estatal:

[...] a Administração que não recorre à solução consensual de litígios vê aumentar os “custos externos” de suas próprias ações, isto é, os custos que incorre toda vez que prescinde do envolvimento dos destinatários interessados, os quais, sentindo-se excluídos, tendem a adotar estratégias de resistência e combate. A conciliação pode, portanto, ser utilizada como instrumento de (re)inclusão dos cidadãos no processo de formulação das políticas públicas e desempenhar assim um papel fundamental em termos de legitimação *ex post* do exercício do poder político-administrativo<sup>228</sup>.

Defende ele, assim, a criação de mecanismos auto-limitadores por parte da Administração Pública, mediante os quais se estabeleça que, em determinadas hipóteses, esta deve renunciar à possibilidade de resolver o conflito em juízo, devendo colocar à disposição do administrado um sistema de resolução consensual de controvérsias (2007, p. 205). Sublinha ele, contudo, a necessidade de que o órgão que venha a atuar na resolução consensual do conflito seja dotado da devida independência (2007, p. 206), sendo, portanto, “estranho às partes, operativo de forma permanente e dotado de requisitos (estruturais e funcionais) necessários para atuar de forma imparcial na controvérsia”<sup>229</sup> (2007, p. 207).

A instituição de um sistema como esse decorre também, segundo ele, do “princípio do bom andamento” de que trata o artigo 97 da Constituição italiana, o qual exige que sejam adotados meios que propiciem a utilização racional e eficaz dos recursos públicos, notadamente quando os riscos de uma futura sucumbência em juízo parecem significativos.

Por fim, Giovannini analisa a relevantíssima questão da responsabilidade do preposto da Administração pela realização de acordos, seja na esfera administrativa ou em juízo. Se é fato, reconhece ele, que existe grande receio por parte de entes públicos e seus prepostos pela assunção de responsabilidades decorrentes da realização de transações encerrando conflitos, não parece recomendável, porque elevaria demasiadamente o risco de abusos, que a lei preveja simplesmente uma isenção de responsabilidade pela celebração de acordos (2007, p. 213). Deve ser reconhecida a responsabilidade de tais prepostos pela celebração de acordos, sim, porém apenas na modalidade subjetiva, isto é, derivada de culpa ou dolo (2007, p. 214).

De outra parte, entende ele que deve ser assegurada também a responsabilização por litigância temerária, isto é, “inspirada no único intento de dilatar no tempo o reconhecimento

---

<sup>228</sup> Tradução desta autora.

<sup>229</sup> Tradução desta autora.

de um crédito que, pelo contrário, deveria ser reconhecido como fundado e portanto satisfeito tempestivamente.”<sup>230</sup> (2007, p. 214), o que ele sugere seja feito, por exemplo, prevendo-se que a conduta das partes perante o conciliador possa ser utilizada para definição de responsabilidades pelas despesas processuais (2007, p. 215).

#### **6.8.4 França**

Na França, segundo relata Masucci (2009, p. 30), não se admite a transação em conflitos que dizem respeito ao exercício de poderes administrativos, sejam eles vinculados ou discricionários, mas esta é possível, por outro lado, nos conflitos envolvendo contratos administrativos ou responsabilidade da Administração Pública.

O ordenamento francês, consoante o mesmo autor (2009, p. 31), passou a prever, recentemente, a conciliação prévia realizada por organismos administrativos antes do processo administrativo propriamente dito. Foram criados “comitês”, compostos de juízes administrativos, funcionários públicos e especialistas em contratos públicos. O acesso a estes comitês suspende a possibilidade de acesso aos tribunais administrativos (2009, p. 32).

Tais comitês deverão investigar os elementos de fato e direito aplicáveis ao caso, a fim de buscar construir uma solução “amigável e equitativa”, mas que não ofenda a preceitos de ordem pública (2009, p. 32).

A possibilidade de utilização de um terceiro mediador ou conciliador também existe depois de iniciado o processo administrativo, seja por iniciativa do juiz administrativo ou por pedido das partes (MASUCCI, 2009, p. 37). Embora o juiz possa atuar ele próprio como conciliador, o mais comum é que seja utilizado um terceiro. Se as partes chegarem a um acordo, podem requerer sua homologação ao juízo administrativo, que só a concederá caso verifique que não foi violada nenhuma norma de ordem pública (2009, p. 38).

#### **6.8.5 Alemanha**

Na Alemanha, como relata Batista Júnior (2007, p. 332 e ss.), existe uma autorização genérica em lei federal para que sejam celebradas transações administrativas:

---

<sup>230</sup> Tradução desta autora.

O § 54 da VwVfG, portanto, possibilita a atuação contratual administrativa sem necessidade de atribuição de competência legal específica para tanto por legislações setoriais, salvo se constitucionalmente exigível, em razão da matéria, fundamento concreto para a eleição dessa forma alternativa de atuação [...]

A VwVfG, por meio de cláusula geral, concedeu autonomia contratual à Administração para celebrar contratos de direito público, desde que a isso não se oponha a lei, podendo as autoridades administrativas, por meio do instrumento contratual, conceder ou prometer prestações para as quais não exista fundamento normativo; e vice-versa, o administrado pode assumir obrigações que não poderiam ser impostas mediante ato administrativo.

A legislação federal alemã contém ainda, segundo Batista Júnior (2007, p. 336-337), norma específica para a transação que encerra litígios administrativos:

§ 55 – Pode-se concluir um contrato de direito público, no sentido previsto no § 54, 2, pelo qual, em adequada consideração dos fatos e da situação jurídica, possa ser afastada incerteza mediante concessões recíprocas, quando a autoridade, no exercício apropriado da discricionariedade, entende oportuno realizar a transação.

Maurer afirma que o contrato de transação pressupõe que determinada questão objetiva e jurídica não pode ser esclarecida sem custos desproporcionalmente grandes. Para o autor, a transação pressupõe que ambas as partes cedam e encontrem uma linha mediana entre as posições extremas. Como verificam Wolff, Bachof e Stober, uma ‘incerteza’ ocorre quando é impossível esclarecimento ou quando se exige esforço desproporcionalmente dispendioso para tanto. Serve este tipo contratual, como ensinam os autores, à ‘economia procedimental’, evitando, assim, processos demasiadamente demorados com riscos de custos financeiros exagerados.

Não é possível, porém, no direito alemão, mediante transação, afastar a aplicação de normas imperativas de direito público, como ressalta Batista Júnior (2007, p. 337), sendo que o § 59 da VwVfG estabelece as causas de nulidade.

Segundo Masucci (2009, p. 30), proíbe-se a transação administrativa, na Alemanha, quando o conflito diz respeito a poderes vinculados, mas ela é admitida no que concerne a poderes discricionários, bem como nas hipóteses em que está autorizada a celebração de contratos administrativos ou, ainda, nos casos em que se admite a transação em juízo.

Está expressamente autorizada, na Alemanha, segundo o mesmo autor (2009, p. 33-34), a utilização de um terceiro mediador, que deverá conduzir o diálogo entre a Administração Pública e o particular, ajudando-lhes a identificar suas convergências e divergências de posições, bem como seus reais interesses, rumo a uma solução consensual que também leve em conta, se for o caso, os interesses de terceiros afetados pelo conflito.

### **6.8.6 Reino Unido**

No Reino Unido, conforme Masucci (2009, p. 31), a transação na esfera administrativa não é possível para resolver conflitos em matéria de direito, que envolvam direitos e liberdades civis, abuso de poder ou valorações do interesse público. Ela é admitida, porém, para conflitos nos quais se sabe não ser cabível uma rígida aplicação do direito ou quando se trata de resolver complexas questões de fato, destacando-se, em especial, a possibilidade de mediação em tudo que diz respeito às prestações do Estado de Bem-Estar Social.

O mediador deve ser escolhido de comum acordo entre as partes (MASUCCI, 2009, p. 35), sendo que o procedimento é confidencial (não podendo as informações nele obtidas ser utilizadas em juízo) e consiste na realização de sessões conjuntas ou privadas entre mediador e partes com vistas à construção de um acordo que satisfaça aos interesses de ambas.

### **6.8.7 China**

Na China, segundo Palmer (2006-2007), existem, na esfera administrativa, ao menos dois mecanismos que possibilitam a obtenção de uma solução consensual para conflitos entre cidadãos e o Estado: o primeiro deles é o sistema de “cartas e visitas”, que permite aos cidadãos que discordem de decisões administrativas apresentar uma reclamação perante um escritório especial encarregado de lidar com essas questões em busca de uma solução consensual (2006-2007, p. 175); o segundo é a utilização da mediação propriamente dita, no qual o cidadão pode ser representado por um advogado, muito embora tal representação normalmente não ocorra.

Entretanto, conforme relata este autor, “entre as deficiências mais relevantes do sistema está a incapacidade de diversos órgãos administrativos de estabelecer estes escritórios ou de fornecer-lhes recursos adequados onde eles já foram criados” (2006-2007, p. 177).

O sistema desfruta de grande importância no país, sobretudo em razão de a transação envolvendo entes públicos não ser permitida em juízo, como relata o mesmo autor, ao descrever o sistema jurisdicional aplicável a entes públicos.



## **6.9 Normas gerais e procedimentos aplicáveis à celebração de acordos na esfera administrativa**

Com relação aos parâmetros de direito material que devem nortear a celebração de eventuais acordos em conflitos envolvendo entes públicos, valem as mesmas observações já realizadas para os acordos na esfera judicial. Cabe detalhar, porém, algumas exigências procedimentais aplicáveis à celebração de acordos na esfera administrativa.

### **6.9.1 Da publicidade**

Uma preocupação constante quando se cogita da realização de acordos na esfera administrativa diz respeito aos riscos de arbitrariedade envolvidos na prática, riscos que não se distinguem, aliás, dos envolvidos na prática de qualquer outro ato administrativo. Daí a importância de se garantir a devida transparência e publicidade ao processo.

Como observa Batista Júnior (2007, p. 544),

[...] sempre que possível, cumpre consultar, no fluxo do processo administrativo decisório, que culmina com a celebração da transação, às pessoas, públicas ou privadas, que sejam interessadas no correspondente procedimento e que tenham a condição de parte, bem como os titulares de direitos que podem ser afetados pelo contrato que se pretende celebrar.

A publicidade do processo, além de garantia de uma solução mais bem informada, mais democrática e mais eficiente, é também um instrumento que favorece a aplicação isonômica do que foi pactuado a casos semelhantes, como lembra o mesmo autor (2007, p. 549).

Ainda, segundo ele, as

[...] dúvidas e reticências que a introdução da transação administrativa tem suscitado se devem, em grande parte, à possibilidade de que esse instrumento seja utilizado indevidamente para dar cobertura jurídica a possíveis conluíus entre administrados e agentes públicos, respaldando atuações em desvio de poder. Ocorre que esse mesmo risco existe quando se adotam atos administrativos unilaterais, cujo conteúdo pode ter sido pactuado ocultamente. Ao contrário, a utilização do mecanismo contratual pode ter como efeito positivo dar transparência ao resultado da transação. (2007, p. 553).

Deve-se garantir, assim, mais que a publicidade decorrente da formalização do acordo nos autos de processo judicial ou administrativo, que seja dada publicidade aos acordos

celebrados, mediante publicação de extrato de seu conteúdo em sítios eletrônicos dos órgãos envolvidos e/ou jornais oficiais (como se faz, por exemplo, no Estado do Texas, conforme apurou a pesquisa de campo descrita no apêndice).

### **6.9.2 Da definitividade**

No direito brasileiro, como se sabe, desde a Constituição de 1988, não existe a instância administrativa de curso forçado, de modo que é assegurado a todo cidadão o acesso direto ao Judiciário quando ele assim entender mais conveniente.

De outra parte, o direito de petição também assegura que todo pleito formulado por cidadão contra o Estado seja devidamente apreciado na esfera administrativa, sendo que a decisão ali obtida está sujeita à apreciação jurisdicional, se o cidadão assim entender necessário.

Resta saber, porém, se, em caso de celebração de transação na esfera administrativa, pela qual o ente público e o cidadão ou ente privado encontraram, de forma consensual, a solução mais adequada para o seu conflito, é admissível a exclusão de apreciação jurisdicional posterior quanto ao mérito do ato. Não se está tratando aqui, por evidente, da possibilidade de apreciação jurisdicional de vícios capazes de gerar a nulidade do acordo, seja sob o aspecto formal (como o erro em matéria fática essencial para a realização do acordo, a falta de capacidade do cidadão ou a falta de competência do ente público), seja mesmo sob o aspecto material (como a violação frontal de norma de ordem pública)<sup>231</sup>. O que se quer enfocar é justamente a parcela transacionável do conflito entre Poder Público e parte privada, a parcela que diz respeito à forma de cumprimento de obrigações recíprocas, sem prejuízo ao interesse público geral.

Batista Júnior relata que essa “questão já provocou acirrados debates na jurisprudência alemã e espanhola. Entretanto, a tese da irrenunciabilidade de acesso ao Judiciário em transações administrativas não prosperou, pelo fato de que a assunção contratual de obrigação ou limitação a direito, embora seja limitação à liberdade, é, antes de mais nada, forma de exercício da dita liberdade.” (2007, p. 522).

---

<sup>231</sup> No mesmo sentido, Batista Júnior (2007, p. 536): “Uma vez que infrinja normas vinculadas, o acordo é impugnável pelos particulares e revisável pela Administração.”

No Brasil, embora este assunto específico, até onde se tem notícia, ainda não tenha chegado aos tribunais, o STF já teve ocasião de apreciar questão muito similar, referente à constitucionalidade da arbitragem, na forma disposta pela Lei 9.307, de 1996, que exclui da apreciação jurisdicional o mérito da decisão tomada pelo árbitro escolhido pelas partes, tendo se pronunciado favoravelmente à constitucionalidade da norma, pelo simples fundamento de que ninguém é obrigado a optar pela arbitragem.

Ademais, como observa com precisão Batista Júnior (2007, p. 524), a “possibilidade de o administrado [e também da Administração, cabe acrescentar] rediscutir judicialmente direito que já foi objeto de acordo com a Administração ofende a mais simples idéia do que seja boa-fé na celebração dos contratos, além do que essa possibilidade tornaria a transação, na maioria das vezes, inócua.”<sup>232</sup>.

Mais uma vez, estou de pleno acordo com as conclusões do autor, ao que acrescento, todavia, a necessidade de previsão legal expressa na norma que vier a autorizar a realização de acordos em geral com o Poder Público de que o conteúdo do acordo celebrado entre Poder Público e parte privada na esfera administrativa se torna, ressalvada a violação de norma de ordem pública, insuscetível de reexame jurisdicional posterior.

### **6.9.3 Das normas do Código Civil, da Lei de Licitações e Contratos e da Lei de Processo Administrativo aplicáveis às transações administrativas**

O parágrafo único do artigo 2º. da Lei de Licitações e Contratos (Lei 8.666, de 1993) considera contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos da Administração Pública e particulares em que haja acordo de vontade para formação do vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas. As transações administrativas celebradas para encerrar litígios entre Administração e particulares se enquadram nesta definição, de modo que se lhes aplicam, no que couber, as normas da referida lei, como lembra Batista Júnior (2007, p. 526).

Uma das normas da Lei 8.666 que tem aplicação nesta seara é a constante do artigo 60, parágrafo único, que dispõe ser nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração.

---

<sup>232</sup> Mais adiante, em sua obra, o autor consigna também a impossibilidade de a Administração revogar o acordo (2007, p. 532).

Outra norma da maior importância que se aplica também aqui é a do artigo 61, parágrafo único, da Lei 8.666, que determina a publicação resumida do instrumento de contrato, bem como a do artigo 63, que permite a qualquer interessado a obtenção de cópia autenticada dos contratos celebrados.

Da mesma forma, aplicam-se os artigos 77 e 78 da Lei 8.666 no que diz respeito à rescisão do acordo em caso de sua inexecução total ou parcial, o artigo 87, quanto à aplicação de penalidades na mesma hipótese, assim como a norma do artigo 70, que enseja a reparação civil dos danos causados à Administração ou a terceiros em caso de culpa ou dolo na execução do contrato.

Para Batista Júnior (2007, p. 534), cabível ainda a revisão unilateral do contrato, nos termos do artigo 58 da Lei 8.666, desde que respeitado o equilíbrio econômico contratual, como assegura o artigo 59. A meu ver, a revisão unilateral não se aplica à transação administrativa que encerra litígio, podendo, porém, ser pactuada em autêntico acordo de revisão, celebrado com a devida oitiva e consentimento do particular afetado.

Se o descumprimento se der por parte da Administração, aponta o mesmo autor (2007, p. 531), cabe a aplicação do artigo 475 do Código Civil, aplicável subsidiariamente aos contratos administrativos.

Batista Júnior (2007, p. 536 e ss.) lembra ainda que, se houver vícios de nulidade (nos termos dos artigos 166, 167, 171, 177, 844, 848, 849 e 850 do Código Civil), aplicam-se os artigos 60 a 64 da Lei 8.666, sendo que a nulidade opera efeitos retroativos, nos termos do artigo 59 da mesma lei, cabendo indenização do administrado de boa fé pelos prejuízos a ele advindos. Cabe observar, porém, o que dispõem os artigos 53 e 54 da Lei 9.784, de 1999. Por fim, segundo o mesmo autor (2007, 535), é possível, com lastro nos artigos 478 a 480 do Código Civil, a resolução do acordo administrativo por onerosidade excessiva.

Cumprido, ainda, referir as observações deste autor no que tange à utilidade da expedição de normas que tornem claro o procedimento para celebração de transações administrativas.

A procedimentalização – anota ele – permite, democraticamente, que todo e qualquer administrado tenha condições de propor à Administração a realização de transação. [...] Nas transações administrativas, a procedimentalização, em última análise, serve como ‘guia’ para a resolução de conflitos e para a composição de interesses. (2007, p. 551).

Para amenizar “os riscos de subjetividades, perseguições, arbitrariedades ou favorecimentos por parte da Administração [...], a lei deve parametrizar e demarcar, de alguma forma, os limites e as possibilidades das transações administrativas.” (2007, p. 552).

Ademais, se existe grande receio por parte de agentes públicos relacionados à assunção de responsabilidade pela celebração de transações, tal fato se deve a uma cultura que prepondera no Poder Público em que somente se enfoca a responsabilidade por ações, olvidando-se, lamentavelmente, nossos órgãos de controle externo de criar mecanismos que permitam a responsabilização de agentes públicos pela omissão em seus deveres, tal como ocorre pela não celebração de transações em situações nas quais da omissão decorram danos ao interesse ou ao patrimônio público <sup>233</sup>.

#### **6.10 Propostas de modificação da Lei 9.784/99 e de legislação nacional sobre o tema**

No mesmo compasso, é possível identificar as seguintes diretrizes mínimas para impulsionar a realização de conciliações na esfera administrativa, as quais podem ser incluídas na Lei 9.784, de 1999, ou em legislação nacional sobre o assunto:

- a) obrigatoriedade de todo órgão público oferecer sistema de recebimento de requerimentos administrativos, no qual esteja assegurada análise acurada dos fundamentos fáticos e jurídicos (estes com a participação do respectivo órgão da Advocacia de Estado) e o deferimento parcial ou integral do pedido sempre que se tratar de direito incontroverso, bem assim, quando se tratar de matéria controversa, a possibilidade de celebração de transação na esfera administrativa (inclusive no que tange a direitos indisponíveis), sempre que for elevado o risco de sucumbência na esfera judicial;
- b) a previsão de oferta obrigatória de sistema de mediação ou conciliação por parte de entes públicos, de utilização facultativa para o administrado, no qual a escolha do mediador ou conciliador se faça de comum acordo entre as partes, e o acordo eventualmente celebrado seja definitivo, sujeitando-se à revisão judicial apenas em caso de nulidade absoluta;

---

<sup>233</sup> Como anota Batista Júnior, “se sérios riscos existem na transação administrativa, severos riscos e prejuízos advêm, muitas vezes, de sua não-realização.” (2007, p. 557).

- c) previsão da obrigatoriedade de que os mediadores e conciliadores atuantes em tais sistemas sejam devidamente treinados, de que o sistema seja de utilização gratuita para os administrados e de que este contemple mecanismos de avaliação e monitoramento de resultados;
- d) previsão de publicação dos extratos de acordos celebrados no sítio eletrônico do(s) órgão(s) envolvido(s) e no jornal oficial correspondente.

### **6.11 Administração de meios consensuais de solução de conflitos envolvendo o Poder Público**

A administração de sistemas que propiciem a utilização de meios consensuais de conflitos que envolvem o Poder Público é uma questão-chave para a sua criação e funcionamento.

As questões relacionadas à gestão de tais sistemas envolvem, por exemplo: a) capacitação de mediadores para atuar nesta espécie de conflitos, quando não existam mediadores capacitados disponíveis; b) definição de critérios para inclusão e administração de um rol de mediadores aptos a atuar nos conflitos; c) administração da seleção de mediadores em cada caso concreto; d) definição de critérios para estipulação do valor e do(s) responsável(is) pela remuneração (ou não) de mediadores em cada caso concreto; e) seleção de um rol de especialistas encarregados de opinarem em questões técnicas relativas ao conflito e administração de questões relativas à sua remuneração; f) avaliação do processo, de maneira a identificar oportunidades de aprimoramento do programa; g) organização de infraestrutura física e trabalhos de secretaria necessários para a realização das sessões.

Dentre todos estes pontos, sobrepõem em importância a realização de capacitação de mediadores e a institucionalização de sistemas de avaliação de utilização da mediação. Trata-se de pontos-chave para a implementação bem sucedida de um programa como este, inclusive para mensurar os bons resultados que venham a ser obtidos, verificando se eles correspondem ao investimento realizado em termos de planejamento e recursos financeiros, cujo impacto se faz sentir de forma mais acentuada justamente na fase inicial de qualquer programa.

## **VII – OUTROS ESPAÇOS DE APLICAÇÃO DOS MEIOS CONSENSUAIS NOS CONFLITOS QUE ENVOLVEM O PODER PÚBLICO**

Neste capítulo, serão tratadas as formas consensuais de resolução de outras espécies de conflitos que se desenvolvem no espaço público, as quais, devido a suas peculiaridades, não se enquadram nos moldes do processo administrativo ou judicial (a exemplo dos conflitos no local de trabalho ou dos conflitos entre servidores públicos e seus empregadores) ou, como é o caso dos conflitos na esfera tributária e dos conflitos envolvendo apenas entes públicos, sua resolução pode se dar em ambos os tipos de processos.

### **7.1 Processo individual na esfera tributária**

Os litígios envolvendo Fisco e contribuinte merecem análise apartada, por algumas razões: a) os dois polos da relação podem estar na condição inversa em processos administrativos e judiciais: o contribuinte, por exemplo, tanto pode estar sendo cobrado e apenado pelo alegado inadimplemento de uma obrigação tributária quanto pode estar requerendo a devolução de um valor pago a maior ou a compensação de um crédito; b) existência de farta produção teórica e algumas fontes normativas relevantes no que diz respeito à possibilidade de transação nesta área, tendo em vista o número gigantesco de litígios, número que se assemelha muito ao número de conflitos envolvendo a Previdência Social; c) existência, neste preciso momento histórico, de tramitação de projeto de lei apresentado à Câmara dos Deputados pelo Executivo em 20 de abril de 2009, o qual tomou por base anteprojeto de lei, proposto pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), disciplinando a transação em matéria tributária na esfera federal, após algumas alterações decorrentes de alguns debates com a comunidade acadêmica; d) por se encontrar a discussão sobre os limites e possibilidades da transação bastante mais avançada do que em outras searas de conflitos entre cidadãos (e entes privados) e órgãos públicos, existe um claro potencial de estender, com as devidas cautelas e adaptações, algumas das lições já extraídas dessa área para outros conflitos.

A primeira discussão que se trava nesta seara diz respeito à possibilidade mesma da transação, tendo em vista a suposta indisponibilidade de recursos públicos, a finalidade e princípios constitucionais que regem a tributação. Sobre o primeiro aspecto, bem resumem

Adams e Martins Filho (2008, p. 31): “Os interesses da Fazenda Pública, por representarem o que a doutrina denominou de interesses públicos secundários, podem ser sim, nos estritos limites legais, objeto de transação tributária.” No mesmo sentido o posicionamento de Hugo de Brito Machado: “Para aceitarmos a transação no Direito Tributário, realmente, basta entendermos que o tributo, como os bens públicos em geral, é patrimônio do Estado.” (2008, p. 115).

A grande vantagem buscada pela transação em matéria tributária, conforme assinalam seus defensores, é a obtenção mais rápida de segurança jurídica sobre a incidência e o montante do tributo num cenário marcado pela complexidade e pela incerteza. Como aponta Moraes (2008, p. 491),

[...] já que a incerteza produz efeitos por igual à Administração e aos administrados, não parece que exista uma razão inescapável para que seja sempre a Administração a que esclareça unilateralmente dita incerteza, em lugar de fazê-lo conjuntamente com o contribuinte através de um acordo.

São de Adams<sup>234</sup> e Martins Filho (2008, p. 37) as informações:

[...] a fase administrativa do processo tributário tem uma duração de quatro anos e a fase judicial de doze anos. Todo esse tempo, somado à ineficácia da execução fiscal dos créditos tributários, explica, em boa medida, o fato de que pequeno percentual do estoque da dívida pública ingressa nos cofres públicos a cada ano por essa via processual judicial, sendo que o percentual do ingresso não ultrapassou a 2,5% do estoque.

Note-se, como assinala Paulo Figueiredo (2004, p. 143), que a “transação tributária não se confunde com puro e simples parcelamento do débito”, o qual também tem em comum com a transação o fato de dever estar autorizado em lei que estipule claramente os critérios para sua realização, mas não pressupõe dúvida sobre a incidência do tributo ou sua mensuração.

Parece evidente também que o instituto da transação tributária não pode implicar pura e simples redução de receitas para o Estado, sem que exista qualquer dúvida quanto à existência ou montante do tributo, já que, como pontua Figueiredo (2004, p. 226),

[...] a receita resultante da operação tributária é absolutamente necessária para garantir aos cidadãos do Estado os meios mínimos para sua existência, como saneamento básico, saúde, etc. Consequentemente, ao se evitar que a administração pública renuncie pecúnia, através das limitações ao seu poder

<sup>234</sup> Anote-se que Luís Inácio Lucena Adams é ex-Procurador-Geral da Fazenda Nacional, sendo o principal responsável pela elaboração do anteprojeto que iremos abordar mais adiante, e atualmente é Advogado-Geral da União.



de transacionar, os direitos de seus cidadãos em obter condições mínimas de existência estão garantidos.

Não faz qualquer sentido, portanto, admitir-se a transação que não consista em mero parcelamento em razão de simples atraso do contribuinte, sem que exista dúvida objetiva (fática ou jurídica) acerca da incidência do tributo, e sem que tampouco seja necessário ao contribuinte demonstrar objetivamente que sua situação econômica justificou tal atraso, como tem se verificado sucessivas vezes no âmbito federal mediante programas como o REFIS (Programa de Recuperação Fiscal) e congêneres. Tais programas, além do parcelamento, preveem também a renúncia de penalidades por parte do Fisco, o que, além de acarretar, juridicamente, afronta cabal ao princípio da isonomia, gera, no cenário macro-econômico, desestímulo ao cumprimento pontual das obrigações tributárias <sup>235</sup> e prejuízo à livre concorrência quando se constata que os adimplentes concorrem em condições iguais com os inadimplentes – sem que o consumidor, aliás, faça nenhuma ideia dessa circunstância.

De outra parte, não parece provável que um dos efeitos principais da transação em matéria tributária será aumentar a arrecadação, como se pretende na justificativa do anteprojeto elaborado pela PGFN. Se este efeito pode ocorrer, em decorrência de maior racionalização do sistema e maior cooperação dos contribuintes por conta do ganho de legitimidade, trata-se de um potencial e benéfico efeito colateral. O efeito principal de um sistema racional de conciliação de conflitos em matéria tributária seria, isto sim: a) a economia de recursos públicos na esfera do próprio órgão arrecadador, ao evitar-se a manutenção de um sistema de processamento de litígios na esfera administrativa que atualmente é ao mesmo tempo caro e demasiadamente lento; b) a economia de recursos do Poder Judiciário, pelo mesmo motivo, ao lado da contribuição para maior eficiência do sistema jurisdicional, ao se ver parcialmente aliviado da imensa sobrecarga representada pelos litígios tributários.

Trata-se de objetivos cuja legitimidade e necessidade é evidente, mas pouquíssimo lembrada em nosso país, ao contrário do que se dá em países como os EUA, em que a

---

<sup>235</sup> É também de Figueiredo (2004, p. 206) a observação: “quando se diminuem os juros, as multas e outros encargos decorrentes do inadimplemento do dever tributário, fere-se o princípio isonômico e, conseqüentemente, os direitos do cidadão, na medida em que o devedor adimplente é penalizado por não ter benesse alguma em efetuar o pagamento de sua obrigação tributária na data aprazada.[...] os exemplos históricos demonstram, como no caso do REFIS, que por vezes é mais vantajoso o não pagamento do tributo em sua data de exigibilidade, para fazê-lo em data posterior.” No mesmo sentido, Michelin (2008, p. 348).

economicidade no emprego de recursos públicos parece sempre ser levada em conta, como anota Scherer (1997):

Como o governo é sustentado financeiramente pelos contribuintes, ele tem obrigação de assegurar que o impacto da carga tributária incidente sobre cada contribuinte não seja aumentado pelo inadimplemento de outros contribuintes, nem pela utilização inócua de recursos públicos como se dá no recurso desnecessário ao sistema judicial.<sup>236</sup>

### 7.1.1 Pressupostos formais

Já sob o aspecto da finalidade e princípios básicos que regulam a tributação, a possibilidade de transação norteia-se por dois princípios básicos, um quanto ao aspecto formal e outro quanto ao aspecto material, quais sejam, o princípio da legalidade e o princípio da igualdade<sup>237</sup>. A doutrina brasileira<sup>238</sup> é uníssona ao entender que: a) é necessária previsão legal específica; b) os critérios para celebração de transação devem estar claramente delimitados na lei autorizadora, a fim de que seja devidamente respeitada a isonomia.

O entendimento que consagra a necessidade de lei específica para tornar possível a celebração de transação encontra-se positivado, em nosso ordenamento, no artigo 171 do Código Tributário Nacional, que dispõe:

A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação [*sic*] de litígio e conseqüente extinção do crédito tributário.

Parágrafo único. A lei indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso.

Se não existe dúvida sobre a necessidade de lei autorizando e definindo, nos limites do direito constitucional aplicável, a transação em matéria tributária, é interessante anotar a posição de Cassone (2008, p. 225), que, mesmo registrando a posição do STF no sentido de

<sup>236</sup> Tradução desta autora.

<sup>237</sup> O princípio da igualdade, em matéria tributária, como se sabe, desdobra-se no princípio da capacidade contributiva, que tem dois aspectos, o absoluto (o montante do imposto se define de acordo com uma mesma alíquota e os mesmos critérios para definição de base de cálculo para todos que se enquadrem na hipótese de incidência prevista em lei – igualdade formal) e o aspecto relativo, do qual decorre o princípio da progressividade, segundo o qual deve-se tributar mais (com uma alíquota maior) quem apresenta maior capacidade contributiva, ou seja, a alíquota aumenta quando aumenta a base de cálculo (igualdade material).

<sup>238</sup> Ver, por todos: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (orgs.). **Transação e arbitragem no direito tributário**. Belo Horizonte: Fórum, 2008; e FIGUEIREDO, Paulo Henrique. **Transação tributária** – como expressão dos direitos do cidadão. Recife: Bagaço, 2004.

admitir simples lei ordinária (ADIs 1917 e 2405), defende que o tema seja tratado por lei complementar:

[...] a importância da norma geral para unificar e pacificar o cumprimento da obrigação tributária principal e acessória, já que, em se entendendo que cada pessoa política de direito público interno é competente para tratar da *transação tributária* sem lei complementar a traçar os limites e as condições nucleares deste instituto, além de permitir inúmeras hipóteses diversificadas e desiguais de transações tributárias, com multiplicidade de ações judiciais, viria a propiciar uma verdadeira *guerra fiscal*, explícita ou implícita. (grifos do autor)

O posicionamento defendido pelo autor em questão é o adotado pela Lei Complementar federal 24, de 1975, uma das normas gerais aplicáveis aos Estados em matéria de ICMS, e cujo artigo 10 estabelece que normas celebradas com a participação de todas as Unidades da Federação é que disciplinarão o assunto:

Os convênios <sup>239</sup> definirão as condições gerais em que se poderão conceder, unilateralmente, anistia, remissão, **transação**, moratória, parcelamento de débitos fiscais e ampliação do prazo de recolhimento do imposto de circulação de mercadorias. (grifei)

### 7.1.2 Pressupostos materiais – os critérios para a celebração de transação

Além da necessidade de lei específica, um outro consenso doutrinário existe no que toca a uma das hipóteses de transação: casos de dúvida quanto a aspectos fáticos relativos à ocorrência do fato gerador do tributo ou sua mensuração – sendo que muitos entendem que esta é a única possibilidade admissível.

Como assinala Moraes (2008, p. 490), “a lei não pode autorizar que a vontade das partes altere pontos fundamentais da obrigação, como, por exemplo, o sujeito passivo, a base impositiva, a alíquota e os demais elementos que compõem o núcleo do tributo. Assim, a lei que autorize a transação em matéria tributária somente poderá permitir a discussão das partes *sobre a constituição ou não da situação fática sobre a qual recairá a atuação estatal*, isto é, sobre a prova da ocorrência do fato gerador.” (grifos do autor). No mesmo sentido, Torres (2008, p. 305) e Saraiva Filho (2008, p. 55).

<sup>239</sup> Segundo o artigo 100, IV, do Código Tributário Nacional, os convênios são normas elaboradas pelos entes da Federação para complementar leis, tratados e decretos. No caso do ICMS, o Conselho Nacional de Política Fazendária promove a celebração de convênios entre União, Estados e Distrito Federal acerca de concessão ou revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais.

A sistemática em questão (transação apenas quando houver dúvida fática) é adotada, segundo Moraes (2008, p. 496), também na Alemanha:

Os acordos são limitados a questões de fato e não podem recair sobre questões de direito [...] eles são limitados a casos onde a determinação dos fatos seja difícil para alcançar a efetividade da imposição e a paz jurídica, considerando-se que a resolução do caso surge quando o tempo ou o trabalho que seja necessário investir para chegar a concretizá-los seja superior ao tempo meio [*sic* - provavelmente o autor quis dizer tempo médio] habitual.

Um ponto fundamental a ser considerado, como se verifica no exemplo alemão, é o custo da apuração dos elementos fáticos duvidosos. Muitas vezes, esta pode ser tecnicamente viável, porém o custo envolvido na operação, se comparado ao possível valor do tributo incidente, inviabiliza sua realização, em respeito ao princípio da eficiência administrativa.

Já outros defendem a transação também em situações de “dúvida jurídica” sobre a interpretação da norma, o que, provavelmente, atingiria número ainda maior de situações do que aquelas em que existe dúvida fática e se coadunaria perfeitamente com o objetivo principal da transação, de trazer segurança jurídica ao sistema e, segundo Adams e Martins Filho (2008, p. 38), contribuir no “aperfeiçoamento e uniformização da interpretação das normas no âmbito da Administração Fiscal.”

É evidente que seria altamente recomendável a transação, em situações de dúvida jurídica, quando já houver entendimento cristalizado do Supremo Tribunal Federal, em matéria de inconstitucionalidade, do Superior Tribunal de Justiça, em matéria de violação a lei federal, ou do Tribunal de Justiça de cada Estado, em matéria de violação à Constituição Estadual ou a lei estadual ou municipal, casos em que, aliás, defendo que existe o **dever de transigir** por parte da Administração Pública (já tratado no Capítulo IV). A previsão clara desta possibilidade numa lei geral de transação serviria para eliminar o fenômeno da “tardia submissão do setor público à jurisprudência dominante”, de que fala Andrade (2008, p. 369), dando vários exemplos de assuntos em que a Fazenda insiste na cobrança, tanto administrativa ou judicial, de tributos já declarados inconstitucionais pelo STF. Muito embora os efeitos do entendimento jurisprudencial pacificado já devessem se verificar automaticamente, não é esta a sistemática hoje vigente, a teor do artigo 19, II, da Lei 10.522, como já visto.

Esta possibilidade já vem sendo utilizada pelos Estados, tal como na situação prevista pelo Convênio CONFAZ/ICMS n. 33/2000, que, como relata Batista Júnior (2007, p. 484),

“permite que os Estados celebrem transação que importe a extinção do crédito tributário, a não-constituição do crédito ou sua desconstituição, quando o litígio envolver matéria tributável igual à que tenha sido objeto de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça ou de decisão proferida por pelo menos dois terços dos membros do Pleno do Supremo Tribunal Federal, definitivas de mérito e desfavoráveis ao sujeito ativo.” Note-se, porém, que a regra não faz referência a transação que importe na devolução de valores indevidos e pagos pelo contribuinte cuja repetição esteja sendo pleiteada em juízo.

O mesmo se dá com relação a todos os tributos federais elencados no artigo 18 da Lei 10.522, de 2002, todos eles objeto de jurisprudência pacífica desfavorável ao Fisco em juízo.

Da mesma forma, seria recomendável a transação quando se verificar que existiu, na esfera administrativa, afronta à interpretação oficial do próprio órgão fazendário.

A sistemática adotada na Espanha, segundo Morais (2008, p. 500), abrange tanto as situações de dúvida fática (“quando se dependa da estimação ou valoração de dados, elementos ou características relevantes para a concretização da obrigação tributária”) quanto de dúvida jurídica (“onde exista dúvida na aplicação da lei em razão do uso de conceitos jurídicos indeterminados”).

Ainda sobre os critérios a serem previstos na lei que disciplinar a celebração de transação, cabe apontar a divergência existente na doutrina acerca da possibilidade de se levar em conta a situação econômica individual do contribuinte. Para Michelin (2008, p. 351), a “possibilidade de avaliação da situação fiscal do contribuinte é critério de ordem subjetiva” – como se não fosse possível apurar eventual redução no volume de receitas do contribuinte, eventual inadimplência de clientes, a existência de despesas extras, notadamente quando estes elementos não influenciem na definição da base de cálculo do tributo... A autora parece esquecer que um dos princípios elementares do direito tributário é o princípio da capacidade contributiva, de caráter nitidamente econômico e que, se for claramente desenvolvido e delimitado em lei (como deve ser), não apresenta qualquer aspecto “subjetivo”<sup>240</sup>.

---

<sup>240</sup> Em realidade, a mesma autora, em seu texto, deixa claro seu posicionamento contrário a qualquer forma de transação, ao não reconhecer nela qualquer vantagem para o Fisco, nem mesmo o recebimento imediato do tributo eventualmente duvidoso: “Considerando-se que a transação pressupõe mútua concessão, impõe-se a pergunta: qual a concessão que o contribuinte fará no modelo de transação proposto? Pagar o tributo com redução da penalidade?” (2008, p. 353).

Mesmo nos EUA, país onde, via de regra, não existe a tendência, política ou jurídica, de conceder qualquer privilégio econômico àqueles que se apresentem em circunstâncias financeiras desfavoráveis (mas que também, de outra parte, se caracteriza por evidente pragmatismo), os acordos celebrados na esfera tributária (cuja permissão legal é ampla e, da mesma forma, a sua utilização <sup>241</sup>) devem ter em conta, segundo relata Godoy (2008, p. 423), a condição econômica do devedor, notadamente o custo de vida no local de sua residência: “as parcelas a serem recolhidas pelo devedor devem ser calculadas de modo que este mantenha recursos necessários para fazer frente às aludidas despesas mínimas.” Para este fim, inclusive, as autoridades tributárias divulgam “tabelas nacionais e locais de despesas mínimas”, possibilitando, assim, a aferição objetiva da condição de pagamento do contribuinte, a partir da renda obtida pelo mesmo.

Tão importante quanto a definição clara de critérios objetivos e juridicamente admissíveis para definir quando deve ocorrer a transação, é a aplicação isonômica de tais critérios. Morais (2008, p. 500) formula sugestão bastante interessante nesse sentido: “melhor seria formar um banco de dados único com os precedentes mais comuns, unificando assim todos os critérios necessários para formação do acordo [...] à medida que os acordos fossem celebrados, já se saberia de antemão a postura da Fazenda nos casos vindouros, orientando dessa forma a atuação do contribuinte.”

### 7.1.3 Projeto de lei da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional sobre transação tributária

O projeto de lei da Câmara dos Deputados de nº. 5082, de 2009, encontra-se em tramitação há pouco mais de um ano e versa, segundo seu artigo 1º., sobre “condições e procedimentos que a União, por meio da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e da Secretaria da Receita Federal do Brasil, e os sujeitos passivos de obrigação tributária deverão observar para realização de transação, que importará em **composição de conflitos ou terminação de litígio, para extinção do crédito tributário**, nos termos dos artigos 156,

---

<sup>241</sup> Trabalho produzido pouco após a implantação do primeiro projeto-piloto de mediação de conflitos tributários na esfera administrativa nos EUA (projeto direcionado a pequeno número de casos, porém envolvendo elevadíssimas somas) dá notícia de que, mesmo desconsiderando-se a mediação e aplicando-se pura e simplesmente as tradicionais técnicas de conciliação, o índice de resolução consensual de conflitos no órgão fazendária de natureza recursal nos EUA era de 85 a 90% (SCHERER, 1997).

inciso III, e 171 da Lei no. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional” (grifei).

Uma primeira leitura já permite inferir, contudo, que a única preocupação do PL foi disciplinar as situações em que está em jogo um reconhecimento por parte da Fazenda Pública de que o crédito tributário não existe ou tem um valor menor que o cobrado pelo órgão arrecadador, não se incluindo, todavia, os inúmeros litígios administrativos e judiciais nos quais o contribuinte pleiteia a restituição de um valor indevidamente pago.

Esta delimitação fica clara na redação do parágrafo 3º. do artigo 23 do PL:

A transação:

[...]

II – não autoriza restituição ou compensação de importâncias já pagas, compensadas ou incluídas em parcelamentos cuja opção se tenha verificado anteriormente à celebração do respectivo termo.

A afronta ao princípio da isonomia dispensa maiores comentários.

Já a redação do parágrafo único do mesmo artigo 1º. gera um certo receio quando se lê: “a Fazenda Nacional poderá, **em juízo de conveniência e oportunidade**, obedecidos os dispositivos desta lei, celebrar transação” (grifei). Entretanto, o artigo 4º. esclarece que os “requisitos, forma e parâmetros” para celebração de transação serão devidamente disciplinados pela chamada “Câmara Geral de Transação e Conciliação da Fazenda Nacional – CGTC”, órgão colegiado criado pelo PL. Para Moraes (2008, p. 499), “a outorga de uma ampla discricionariedade à Administração seguramente levará a uma **transgressão do princípio da igualdade**, ante a inexistência de qualquer garantia sobre a paridade das soluções aplicadas a contribuintes que se encontrem em situações semelhantes.”

Por fim, é importante assinalar que, de forma no mínimo surpreendente, a transação tributária objeto do PL em análise não se aplica às micro-empresas e empresas de pequeno porte, as quais, segundo fontes oficiais, propiciam o maior número de empregos formais em nosso país...

#### 7.1.3.1 Hipóteses e critérios para celebração de transação

O parágrafo 1º. do artigo 4º. do PL deixa claro, de plano, um dos critérios para celebração de transação:

Nos procedimentos de transação tributária, deverão ser observados, obrigatoriamente, o histórico fiscal, a forma de cumprimento de obrigações tributárias, a adoção de critérios de boa governança e a situação econômica do contribuinte.

Também estipula critérios o parágrafo 3º. do artigo 7º., que permite, nas hipóteses de “controvérsia jurídica”, sejam adotados os parâmetros do artigo 108 do Código Tributário Nacional, quais sejam: analogia (que não pode resultar na exigência de tributo não previsto em lei); princípios gerais de direito tributário; princípios gerais de direito público; equidade (que não pode resultar na dispensa do pagamento do tributo devido).

Já os artigos 6º. e 7º. estipulam as três hipóteses em que a transação é possível, delimitando assim o âmbito da matéria passível de “negociação”:

- a) situações de dúvida jurídica, ou seja, “situações em que a interpretação da legislação relativa a obrigações tributárias seja conflituosa ou litigiosa” (artigo 6º., *caput*), como se dá na “interpretação de conceitos indeterminados do direito” (artigo 7º., § 1º.), excluídas porém (artigo 7º., II) as situações em que estiver envolvida matéria constitucional – o que se dá na grande maioria dos conflitos tributários! – salvo nos casos ali especificados;
- b) situações de dúvida fática quanto à extensão da base de cálculo do tributo – é o que se depreende da redação da parte final do mesmo artigo 7º., § 1º.: “identificação e relevância do fato, aplicáveis ao caso, cujo resultado seja a redução de parte do crédito tributário” – aparentemente, fica excluída a possibilidade de transação em que se verifique que simplesmente não existe fato gerador;
- c) “redução de sanções de natureza pecuniária, de juros de mora e demais acréscimos”, nas hipóteses de insolvência civil, falência e recuperação judicial ou “recuperação tributária” (artigo 6º., § 1º.), sendo que o dispositivo esclarece desde logo os percentuais máximos de redução que poderão ser observados para cada espécie de multa, juros ou outros encargos (note-se que o artigo 7º., I, reforça a proibição de que seja negociado o montante principal do tributo).

Quanto à primeira hipótese (dúvida jurídica), a questão de inconstitucionalidade poderá ser reputada relevante quando:

- I – o tributo “já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal”;



## II – o crédito tributário seja objeto de:

1. dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos artigos 18 e 19 da Lei nº. 10.522, de 19 de julho de 2002;
2. súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do artigo 43 da Lei Complementar nº. 73, de 10 de fevereiro de 1993;
3. pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do artigo 40 da Lei Complementar nº. 73, de 1993;
4. pareceres do Procurador-Geral da Fazenda Nacional aprovados pelo Ministro de Estado da Fazenda;
5. solução de consulta especial emitida pelo Secretário da Receita Federal do Brasil; ou
6. súmula vinculante editada pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Como uma das condições preliminares para o “prosseguimento da transação”, ou seja, não para sua celebração, mas simplesmente para análise da proposta formulada pelo contribuinte, o artigo 8º. estabelece que poderá ser exigida: a) prévia assinatura de termo de ajustamento de conduta pelo sujeito passivo; b) a substituição ou solidariedade do administrador inidôneo. Exigir tais condições na fase preliminar da transação, sem que este tenha nenhuma garantia quanto à celebração do acordo final, pode tornar o procedimento pouco atrativo para o contribuinte. Parece fazer mais sentido estipular tais condições no próprio conteúdo da transação do que exigi-las de plano, sem qualquer contrapartida.

### 7.1.3.2 Efeitos da transação e sanções por descumprimento

A consequência do descumprimento da transação, cujo conteúdo, segundo o projeto de lei, se torna definitivo **apenas para o contribuinte** (artigo 11) na esfera administrativa e judicial, é a cobrança do débito em seu “valor originário” (segundo o entendimento do órgão fazendário), com seus acréscimos legais (artigo 14), bem como multa de “vinte por cento sobre o valor do débito resultante da transação” (artigo 9º.).

O parágrafo 6º. do artigo 12 é claro ao estabelecer a possibilidade de revisão unilateral da transação:

O termo de transação será revisto pela autoridade competente, conforme orientação da CGTC e mediante prévia notificação ao sujeito passivo, para ciência e manifestação no prazo de quinze dias, com efeito *ex nunc*, quando fundado em:

I – lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal; ou

II – aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo contrário à jurisprudência definitiva dos tribunais superiores e do Supremo Tribunal Federal.

Tal possibilidade contraria frontalmente um dos principais objetivos da transação em matéria tributária, que é propiciar segurança jurídica ao Fisco e ao contribuinte. Num país em que a jurisprudência dos tribunais superiores muda em questão de meses, permitir a revisão da transação nestas hipóteses implica tornar o instituto inócuo, além de desestimular totalmente os contribuintes de sua utilização.

#### **7.1.3.3 Transação por recuperação tributária**

Além de ser possível a transação nos processos administrativos em geral, de acordo com os critérios e nas hipóteses já descritas, até o momento da inscrição em dívida ativa, o PL criou uma outra modalidade de transação na esfera administrativa, denominada “transação por recuperação tributária”, na qual o contribuinte pode formular “proposta de ajustamento de conduta, com compromisso, por prazo não inferior a três anos, de continuidade da atividade empresarial, preservação ou aumento de empregabilidade, regularidade tributária perante a União e responsabilidade dos sócios, diretores e gerentes que tenham poderes sobre a condução das atividades financeiras e possam responder por eventuais descumprimentos dos contratos sociais ou estatutos” (artigo 37, X). Esta proposta deve ser instruída com uma série de informações sobre o histórico financeiro e fiscal da empresa e um plano de recuperação com “prazo máximo de sessenta meses para pagamento dos créditos tributários objeto do termo de transação” (artigo 38, parágrafo único). O descumprimento do ajuste acarreta o prosseguimento da cobrança nos termos originalmente pretendidos pelo órgão fazendário. O PL trata de forma detalhada dos procedimentos para tal fim, revelando-se, de modo geral, uma alternativa interessante para o contribuinte que estiver atravessando “crise econômico-financeira” temporária.

#### **7.1.3.4 Transação em juízo**

As regras acerca da transação em processo judicial constantes do PL, de modo geral, nada mais fazem do que reduzir as possibilidades de transação em juízo. Fazem isso

limitando o momento processual e as espécies de ações em que pode ser celebrada a transação, como se vê dos dispositivos transcritos a seguir:

Artigo 30.

[...]

§ 1º. A transação em processo judicial somente será admitida:

[...]

II – em qualquer fase do processo judicial, antes da data de publicação do despacho, positivo ou negativo, de admissibilidade de recurso especial ou extraordinário, interposto pela Fazenda Nacional ou pelo sujeito passivo; ou

III – no caso de haver execução fiscal em curso:

a) até o julgamento em primeira instância dos respectivos embargos; ou

b) não sendo opostos embargos, até a publicação da decisão que designar a data do leilão.

[...]

§ 5º. A transação em processo judicial não poderá ocorrer em ações mandamentais ou em ações cautelares.

O único aspecto em que há um certo encorajamento da transação (porém, gera grande risco de arbitrariedade, pois não estipula quais os critérios para tal fim) é o fato de que esta, segundo o *caput* do mesmo artigo, “poderá ser alcançada inclusive mediante a consideração de elementos não constantes no processo judicial”. Seria bastante recomendável que o dispositivo remetesse aos mesmos critérios válidos para a transação na esfera administrativa, já que o direito material aplicável não se altera pelo fato de o litígio estar em juízo.

Por fim, o parágrafo 3º. dispõe, quanto à abrangência da transação, que ela “poderá incluir matérias pertinentes àquelas deduzidas em juízo e com estas relacionadas ou conexas.”

Registre-se, ainda, porém sem esmiuçar o procedimento, que a transação nos casos de insolvência civil, falência ou recuperação judicial também se processam em juízo, nos termos do artigo 32 e seguintes do PL.

#### **7.1.3.5 Transação por adesão**

Talvez a maior inovação do PL seja a disciplina genérica da chamada “transação por adesão”, extremamente útil em casos envolvendo matéria estritamente jurídica e que passa a ser possível não apenas com base em lei específica (hipótese que o PL prevê de forma redundante), mas também quando houver “autorização do Ministro de Estado da Fazenda e do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores” (artigo 43, II).

O PL dispõe que a CGTC, a partir da análise das propostas de transação recebidas na forma dessa lei, poderá sugerir ao Ministro de Estado da Fazenda hipóteses suscetíveis de transação por adesão.

Expedido o referido ato, o mecanismo funcionará da seguinte forma, segundo o artigo 43 do PL:

§ 2º. A resolução administrativa de adesão, que disciplinará todos os requisitos e condições para que os interessados possam habilitar-se e aderir aos seus termos, terá efeitos gerais e será aplicada a todos os casos idênticos e que tempestivamente sejam habilitados, mesmo quando suficiente apenas para solução parcial de determinados litígios.

§ 3º. O sujeito passivo interessado deverá protocolizar seu pedido de adesão perante a Fazenda Nacional, com prova de atendimento a todos os requisitos estabelecidos pela CGTC.

Cabe referir que, a menos que a resolução administrativa de adesão contemple alguma vantagem adicional (tal como o parcelamento do débito), a simples adoção do entendimento decorrente de jurisprudência pacífica dos tribunais superiores, com a consequente alteração de ofício dos lançamentos efetuados, não representa qualquer concessão por parte da Fazenda, embora facilite a vida do contribuinte, que não tem que ir a juízo para tal fim... Como assinala Hugo de Brito Machado (2008, p. 134), os “artigos 42 a 44, que tratam da transação por adesão, albergam normas que seriam inteiramente dispensáveis se a Administração Tributária tivesse algum respeito pela ordem jurídica e, em especial, pelo princípio da isonomia.”

Anote-se, por fim, que a denominada “transação por adesão” pode ocorrer na esfera administrativa ou judicial, sendo que mecanismo como esse já foi utilizado em nosso ordenamento recentemente com relação a diferenças na correção de saldos de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) decorrentes de planos econômicos, assunto sobre o qual havia centenas de milhares de ações em juízo pleiteando tais diferenças. O cuidado que o legislador deve ter, ao disciplinar tais transações, é o de trazer regras acerca do pagamento de honorários advocatícios no caso de acordos celebrados em juízo, tema que, por não ter sido tratado na norma que autorizou o acordo em matéria de FGTS, foi uma das principais dificuldades na sua implementação.

## 7.2 Meios consensuais de solução de conflitos entre órgãos governamentais

Na esfera da Administração Pública, são bastante frequentes as situações de conflitos de ordem jurídica entre órgãos públicos. Tais conflitos podem ser: a) conflitos positivos ou negativos de competência, em que, por deficiência na redação de normas ou mesmo eventuais lacunas no quadro normativo, dois ou mais órgãos se dizem competentes ou incompetentes para atuar em determinada matéria; b) conflitos na aplicação de políticas públicas, quando dois ou mais órgãos têm interpretações diferentes sobre as atividades proibidas, obrigatórias ou permitidas num determinado local (por exemplo, realização de assentamentos agrários, exploração mineral, construção de rodovias ou de usinas hidrelétricas *versus* proteção ambiental; demarcação de terras indígenas ou remanescentes de quilombos *versus* programas de reforma agrária); c) conflitos envolvendo pagamentos de contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de pagamento de servidores de carreira, empregados contratados ou prestadores de serviços em geral; d) conflitos envolvendo a propriedade ou o uso de imóveis públicos; e) conflitos envolvendo tributação de operações interestaduais ou intermunicipais; f) conflitos envolvendo repasses de receitas tributárias ou outros recursos públicos ou prestações de contas em relação a recursos repassados; etc.

Tais conflitos, se não forem bem gerenciados, podem levar facilmente à paralisação de processos decisórios (processos de licenciamento, por exemplo) em razão de impasses ocorridos na esfera administrativa, assim como podem chegar à judicialização, gerando perda de eficiência tanto pela demora em se encontrar uma solução quanto pelo emprego de recursos públicos escassos em gastos com o litígio, sem falar no fato de sobrecarregar ainda mais o Judiciário com processos envolvendo entes públicos e no risco de não vir jamais a ser equacionado adequadamente o problema em juízo.

Parece evidente que, quando conflitos que envolvem entes públicos em ambos os polos não são resolvidos de forma apropriada, quem perde duplamente, no fim das contas, é a coletividade, seja pelo impacto financeiro do conflito, seja pelo impacto no desempenho das funções públicas cometidas a cada um deles, já que, normalmente, são interdependentes.

Muito embora, sem dúvida, em grande número de situações, as negociações diretas entre os entes envolvidos possam resultar – e efetivamente resultem – numa solução rápida e adequada para os problemas, existem inúmeros exemplos de conflitos que acabam se

acirrando e se arrastando no âmbito administrativo ou judicial. Assim, também aqui, podem e devem ser criadas instâncias nas quais terceiros adequadamente capacitados possam auxiliar os entes públicos em conflito a resolver suas diferenças e, a partir da identificação dos interesses comuns aos órgãos e titularizados pela coletividade em cada caso, chegar a uma solução construída de forma colaborativa.

### 7.2.1 Conflitos envolvendo entes federais

Em nível federal, desde a Lei Complementar 73, de 1993, já foi atribuída à Advocacia-Geral da União, nomeadamente ao chefe da instituição, a função de “prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal” (artigo 4º., XI).

O assunto também foi objeto do artigo 11 da Medida Provisória 2.180-35, de 2001 (em vigor por prazo indeterminado, conforme Emenda Constitucional 32, de 2001), *verbis*:

Artigo 11. Estabelecida controvérsia de natureza jurídica entre entidades da Administração Federal indireta, ou entre tais entes e a União, os Ministros de Estado competentes solicitarão, de imediato, ao Presidente da República a audiência da Advocacia-Geral da União.

Parágrafo único. Incumbirá ao Advogado-Geral da União adotar todas as providências necessárias a que se deslinde a controvérsia em sede administrativa.

Com base em tais normas, a partir de 2004, a Advocacia-Geral da União iniciou a implantação de um projeto-piloto de conciliação de conflitos entre órgãos públicos federais, sendo que, em 1º. de fevereiro de 2007, pela primeira vez, foi editada norma administrativa da AGU a respeito do tema, a Portaria 118, que previu a possibilidade de instalação de câmaras de conciliação *ad hoc*, bem como estatuiu que a “Escola da Advocacia-Geral da União promoverá cursos visando capacitar integrantes da instituição e de seus órgãos vinculados para participarem das câmaras de conciliação.” (artigo 6º.).

Embora este último comando jamais tenha sido efetivamente implementado, a instalação de câmaras *ad hoc* chegou, sim, a ocorrer, sendo que, em 27 de setembro do mesmo ano, o Ato Regimental AGU nº. 5, que disciplinou a estrutura, competências e funcionamento da Consultoria-Geral da União, previu, como um de seus órgãos, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), com as competências de:

I – identificar os litígios entre órgãos e entidades da Administração Federal;

- II – manifestar-se quanto ao cabimento e à possibilidade de conciliação;
- III – buscar a conciliação entre órgãos e entidades da Administração Federal;
- IV – supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito de outros órgãos da Advocacia-Geral da União. (artigo 18)

Também incluiu-se entre as competências dos Núcleos de Assessoramento Jurídico (NAJs), órgãos da AGU que atuam na esfera consultiva junto à Administração Federal direta fora do Distrito Federal, “realizar atividades conciliatórias quando determinado pelo Consultor-Geral da União” (artigo 19, X).

Na mesma data, foi editada a Portaria AGU nº. 1.281, que disciplinou de forma mais detalhada os procedimentos para utilização de conciliação e arbitragem de conflitos envolvendo órgãos federais.

Dentre as normas contidas na Portaria, que acaba de completar três anos de vigência, destacam-se a previsão de autoridades legitimadas para solicitar a remessa do conflito à CCAF (Ministros de Estado, dirigentes de entidades da Administração indireta, Procurador-Geral da União, Procurador-Geral da Fazenda Nacional, Procurador-Geral Federal e Secretários-Gerais de Contencioso e de Consultoria), a previsão de elementos que devem instruir a solicitação (indicação de representante para participar de reuniões e trabalhos, entendimento jurídico do órgão ou entidade, com análise dos pontos controvertidos e cópia dos documentos necessários ao deslinde da controvérsia), a previsão de que deverão ser utilizados os meios legais e observados os princípios da Administração Pública na realização da conciliação, a previsão de que o termo de conciliação deverá ser homologado pelo Advogado-Geral da União, a previsão de que podem ser designados conciliadores os integrantes da Consultoria-Geral da União ou das carreiras da AGU em geral e, ainda, a previsão de que o conciliador pode, em qualquer fase do processo, “solicitar informações ou documentos complementares necessários ao esclarecimento da controvérsia” e também “solicitar a participação de representantes de outros órgãos ou entidades interessadas”. Também foi novamente prevista a realização de atividades de capacitação pela Escola da AGU. Caso resulte infrutífera a conciliação, previu-se a elaboração de parecer para dirimir a controvérsia pela Consultoria-Geral da União, o qual deve ser submetido à aprovação do Advogado-Geral da União. Trata-se de caminho de certa forma equivalente à arbitragem (ao menos na esfera administrativa), já que a norma remete aos artigos 40 e 41 da LC 73, de 1993, que confere força vinculante aos pareceres aprovados pelo Advogado-Geral da União.

A grande diferença, por evidente, é que tal entendimento não vincula terceiros estranhos à Administração Federal, de forma que, à diferença do laudo arbitral previsto na Lei 9.307, de 1996, seu conteúdo pode perfeitamente vir a ser revisto em juízo. A menção expressa à arbitragem, que não existia até abril de 2009, veio a ocorrer a partir da alteração na redação do artigo 17 do Ato Regimental supra referido. O inciso III passou a prever a competência para “sugerir ao Consultor-Geral da União, se for o caso, a arbitragem das controvérsias não solucionadas por conciliação”, conforme o Ato Regimental nº. 2, de 2009.

Cabe referir, na evolução da utilização dos meios consensuais na solução de conflitos envolvendo entes federais, que, em julho de 2008, a Portaria AGU nº. 1099 passou a prever a utilização da conciliação também nos conflitos envolvendo entes federais e entes estaduais ou distritais, caso em que o termo de conciliação deve ser homologado pelo Advogado-Geral da União e pelos “representantes jurídicos máximos dos entes federados envolvidos”, prevendo-se ainda que a solicitação de remessa do conflito à CCAF pode se dar por iniciativa dos Governadores dos Estados ou de seus Procuradores-Gerais. Não se previu, porém, a participação de representantes dos Estados ou do DF na composição da própria Câmara de Conciliação, nem tampouco a possibilidade de utilização de arbitragem caso a conciliação resulte infrutífera.

Ainda, em abril de 2009, a Portaria AGU nº. 481 veio a incluir os Municípios que sejam Capital de Estado ou que possuam mais de duzentos mil habitantes entre aqueles que podem ter conflitos com entes federais remetidos à CCAF, prevendo-se também que os Prefeitos e Procuradores-Gerais de tais Municípios podem solicitar a instauração do procedimento conciliatório. Não se previu, porém, que o termo de conciliação deve ser homologado também por autoridade municipal, nem se previu a participação de qualquer autoridade desta natureza nas atividades da Câmara. Tampouco restou prevista a utilização de arbitragem como alternativa à tentativa de conciliação infrutífera.

Outra norma interessantíssima a respeito da atuação da CCAF é a Portaria nº. 23, de dezembro de 2009, editada pela Consultoria-Geral da União, divisão da AGU da qual faz parte a Câmara. Trata-se da única norma que previu a realização de audiência pública, à qual deve ser dada ampla divulgação, no caso de determinados tipos de conflitos submetidos à CCAF: os conflitos envolvendo comunidades indígenas e quilombolas.



Cabe mencionar, também, a edição, em janeiro de 2010, da Portaria nº. 1 da Procuradoria-Geral da União, que, em consonância com a previsão de que também cabe a este órgão remeter casos à CCAF, determinou que todos os órgãos que atuam na esfera contenciosa da AGU, sempre que estiverem diante de processo judicial envolvendo litígios entre entes federais ou entre estes e entes estaduais, distritais ou municipais (desde que o Município se enquadre nas condições acima referidas), devem “encaminhar à Procuradoria-Geral da União consulta sobre o cabimento de procedimento conciliatório, para posterior envio ao Consultor-Geral da União”. Trata-se de regra da maior importância, já que estabelece como rotina aquilo que antes dependia da iniciativa de alguma das partes envolvidas no conflito ou de que a existência deste chegasse ao conhecimento da CCAF de alguma outra forma. Como a CCAF é órgão ligado à área de Consultoria da AGU, e não à área contenciosa, seria plenamente possível que a existência de processo judicial envolvendo entes públicos eventualmente não chegasse ao seu conhecimento, ou ao menos não chegasse de imediato. A mesma Portaria também deixa claro quais são os poderes e responsabilidades do Advogado da União atuante no caso – no sentido de poder celebrar o acordo, de um lado, e de cooperar para que seja encontrada a solução consensual, de outro.

Por fim, em março de 2010, foi editada norma atribuindo competência ao Diretor da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal para:

- a) decidir sobre o cabimento das atividades conciliatórias; e
- b) decidir a respeito da submissão de procedimento conciliatório aos Núcleos de Assessoramento Jurídico, quando a questão controvertida for eminentemente local e não tiver repercussão nacional <sup>242</sup>.

Descrito o quadro normativo a respeito, passo a descrever resultados práticos da atuação da Câmara em questão, para, no fim, esboçar algumas críticas construtivas para o aperfeiçoamento de sua atuação.

A Advocacia-Geral da União publicou, em seu *website*, dois ementários referentes ao tema, sendo um referente ao período de 2004 a 2006, no qual funcionaram câmaras de conciliação *ad hoc*, em projeto-piloto sobre o assunto, e no qual foram identificados e encerrados onze casos (três processos judiciais e oito processos administrativos), sendo um por arbitragem (parecer vinculante) e quatro em que houve desistência de uma das partes. Em todos os demais, logrou-se alcançar conciliação. Neste período, a maioria dos casos (seis

---

<sup>242</sup> Portaria AGU nº. 5, de 16 de março de 2010.

deles) se referia a litígios entre o INSS ou a Receita Federal e entidades da Administração federal indireta versando sobre o cumprimento de obrigações tributárias ou previdenciárias e dois versavam sobre o cumprimento de obrigações trabalhistas (FGTS e adicionais de insalubridade e periculosidade). Destacam-se, porém, dois conflitos complexos, de dimensão coletiva, envolvendo populações indígenas, sendo um no Ceará, no qual o DNOCS (Depto. Nacional de Obras contra as Secas) pretendia desenvolver projeto de irrigação em terras possivelmente indígenas, e outro no Rio Grande do Sul, no qual indígenas ocuparam parte do Parque Nacional de Passo Fundo.

No primeiro caso, já havia uma ação de reintegração de posse tramitando em juízo, proposta pelo DNOCS contra o ex-proprietário de um imóvel que havia sido desapropriado no local, na qual havia sido concedida a liminar. O ex-proprietário havia recebido a indenização do DNOCS e posteriormente se declarou indígena e se recusou a desocupar a área, que seria tradicionalmente ocupada por índios. Contatada a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), esta informou que parte da área onde o DNOCS pretendia implementar o projeto era efetivamente de territórios de ocupação indígena, sendo que havia estudos em curso (que eram desconhecidos do DNOCS até então) para providenciar a demarcação. Pelo acordo efetuado, foram imediatamente liberadas para utilização do DNOCS as terras que já se sabia não serem de ocupação indígena e a FUNAI se comprometeu a indenizar o DNOCS pelas benfeitorias já realizadas em imóveis que viessem a ser efetivamente demarcados como terra indígena.

No segundo caso, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) pretendia ajuizar ação de reintegração de posse contra a FUNAI tendo em vista a ocupação irregular de parque nacional por índios Kaingang. Ao se solicitar autorização à Consultoria-Geral da União para o ajuizamento da ação, esta contatou a FUNAI e constatou que esta não defendia a ocupação irregular promovida pelos indígenas e que já havia tentado a desocupação amigável. A FUNAI informou ainda que os índios eram inclusive provenientes de outra área indígena devidamente demarcada. Não se chegou a resolver o conflito propriamente dito, pois foi necessário ajuizar ação de reintegração de posse contra os índios, mas não se incluiu a FUNAI no polo passivo.

Muito embora todos os conflitos tenham sido solucionados mediante simples identificação e aplicação das regras jurídicas de direito material incidentes sobre o litígio, merece registro o fato de que, em um deles (conflito entre a UFRGS e a Receita Federal), a

conciliação foi além de uma avaliação do passado, mas elaborou uma estratégia para evitar o surgimento de novos problemas futuros, como se vê de trecho da Nota AGU/MS 47/2005:

Finalmente, quanto ao repasse que deve ser feito ao Fundo do Regime Geral de Previdência Social pela União dos valores indevidamente recolhidos pela Universidade ao PSS dos servidores federais, sugiro o acolhimento da proposta de se solicitar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a indicação de representante de sua Consultoria Jurídica, como forma de se definir uma rotina com essa finalidade, a qual servirá não somente para o presente caso, mas para os demais que lhe forem semelhantes.

O segundo ementário publicado pela AGU refere-se ao período de 2007 a 2008, no qual foram resolvidos por conciliação 31 casos (sendo 28 pela CCAF e 3 por NAJs) e outros seis foram resolvidos por arbitragem (parecer vinculante). Dentre os conflitos resolvidos neste período, dez já estavam na esfera judicial e os demais ainda na esfera administrativa. Os litígios envolviam: conflitos de competência (4), conflitos coletivos envolvendo políticas públicas (7), atendimento de exigências de um órgão por outro (10), conflitos sobre débitos previdenciários, tributários, multas ou repasses de verbas (13), conflito sobre bens imóveis (1). Em outros três casos, a Câmara de Conciliação entendeu que não era o caso de sua atuação, um por estar o processo judicial concluso para sentença (invocando-se princípio da economia processual), outro por envolver matéria de improbidade administrativa e um último por estar em exame pelo Tribunal de Contas da União. Nesse período, foi resolvido o primeiro caso envolvendo um Estado (Alagoas) e outro envolvendo o Distrito Federal. Registre-se que, segundo informações prestadas pela CCAF ao concorrer ao Prêmio Inovare em 2008 (e ser agraciada com menção honrosa), havia neste período outros 82 processos em andamento na CCAF e 18 nos Núcleos de Assessoramento Jurídico. Registre-se que, em dois dos casos, a conciliação realizada teve por objeto unicamente definir a posição processual da União, não tendo havido resolução do conflito propriamente dito.

Por fim, dentre os casos resolvidos em 2009, treze termos de conciliação estão disponíveis no sítio eletrônico da AGU, sendo que um dos casos envolveu um Estado, o do Amazonas. Sete dos treze casos eram conflitos já judicializados, sendo que as matérias envolvidas eram: questões tributárias ou previdenciárias (2), conflitos coletivos envolvendo políticas públicas (6), bens imóveis (1), conflitos de competência (3), atendimento de exigências de um órgão público por outro (1). Em um dos conflitos coletivos, contudo, a conciliação não resolveu o conflito, apenas definiu a posição processual da União. Não estão

disponíveis ainda os termos de conciliação referentes aos conflitos resolvidos no segundo semestre de 2009 e durante o ano de 2010.

Também neste período, verifica-se que a solução encontrada para alguns dos conflitos produziu efeitos para além do litígio individual, como se vê na ementa do Termo de Conciliação 13/2008:

Estabelecimento de consenso quanto à isenção tributária do INSS, anuídas pela PGFN e pela SPU, que se comprometeram a orientar as suas unidades regionais para o cancelamento das inscrições das dívidas já existentes e quanto ao descabimento de futuras iniciativas neste sentido.

No mesmo compasso, a solução encontrada em alguns dos conflitos, a partir da identificação de lacuna normativa, foi a elaboração de norma administrativa sobre o tema, como se vê na ementa do Termo de Conciliação 17/2008:

Diante do entendimento quanto à existência de lacuna no Decreto nº. 3.391, de 19 de setembro de 2001, com relação ao assunto em questão, o Ministério do Planejamento comprometeu-se à edição de normas complementares.<sup>243</sup>

Dentre os conflitos coletivos solucionados no período, destaque-se o litígio envolvendo uma área rural no Estado de São Paulo, que detinha ao mesmo tempo importância ambiental (consistindo em Floresta Nacional), importância histórico-cultural (tratando-se de área tombada), local de realização de cursos de aviação agrícola pelo Ministério da Agricultura e região pretendida por famílias de grupos sem-terra, visada pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) para realização de assentamento. Não se chegou a alcançar conciliação, mas o parecer vinculante ao final emitido conseguiu, a partir das diversas reuniões realizadas e das alternativas formuladas pelo INCRA, pelo IBAMA e pelo Ministério da Agricultura, esboçar uma nova destinação da área, que seria partilhada pelos três órgãos, na medida da possibilidade de realização do curso sem prejuízo à segurança dos assentados, reduzindo-se a área da Floresta Nacional que já estava descrita de forma equivocada no ato normativo que a criou, tudo sob a supervisão do Instituto do Patrimônio

---

<sup>243</sup> O acordo firmado também contemplou a elaboração de norma administrativa no caso do conflito entre o Museu Emílio Goeldi, que não portava as autorizações para armas em seu poder exigidas pela Polícia Federal, conforme constou na Ata de reunião de conciliação realizada em 2.8.2007: “O representante do MCT comprometeu-se a encaminhar proposta ao Ministro de Ciência e Tecnologia de edição de decreto específico para permitir a autorização de armas longas por instituições públicas federais de pesquisa, que envolvam coleta de espécimes silvestres. Também sugeriu que fosse encaminhada proposta pelo mesmo ministério de emenda à Medida Provisória relativa ao assunto, para isenção de taxa para fins de registro e porte.” Ainda outro acordo, conforme Termo de Conciliação nº. 3/2008, previu que: “Os entes conciliados, observando o contexto gerador da situação de conflito administrativo, entenderam por propor, além da situação concreta, a propositura de alteração normativa referente ao artigo 2º. da Lei nº. 8.001, de 13 de março de 1990, com a alteração do artigo 54 da Lei nº. 9.433, de 8 de janeiro de 1997”.

Histório e Artístico Nacional (IPHAN), a fim de garantir a preservação dos bens de interesse histórico-cultural existentes no local.

De outra parte, alguns dos conflitos coletivos solucionados de forma consensual envolviam atendimento a exigências de órgãos ambientais por ocasião do licenciamento de obras públicas, bem como atendimento a demandas de populações indígenas por serviços públicos adequados e, ainda, como no caso de um conflito no Estado do Maranhão, conflitos pela ocupação de uma área que era pleiteada simultaneamente pela FUNAI, por ser de ocupação tradicional indígena, e pelo INCRA, por ter sido objeto de assentamento anterior à demarcação, sem que este tivesse sido informado de qualquer intenção da FUNAI neste sentido, e no qual se encontravam instaladas mais de 500 famílias de trabalhadores rurais que já haviam sido removidas de outras terras indígenas na região. Neste último conflito, em que a solução encontrada acabou viabilizando a permanência dos assentados, com a concordância dos indígenas, que foram consultados e que seriam deslocados para outro local apropriado, a ser identificado pela FUNAI (Termo de Conciliação 14/2009), houve inclusive convite ao Ministério Público Federal, que havia promovido a ação civil pública objetivando a demarcação da terra indígena, para participar de uma das reuniões de conciliação.

Observa-se, assim, que, mesmo à falta de uma metodologia pré-definida, a CCAF vem dando conta de construir uma solução consensual para conflitos de grande complexidade, podendo ser formuladas, contudo, algumas propostas de aprimoramento:

- a) incluir em sua composição representantes dos Estados e Municípios;
- b) promover capacitação em mediação para seus integrantes, definindo conteúdo teórico e forma de supervisão da atuação dos conciliadores iniciantes;
- c) criar turmas especializadas em determinados tipos de conflitos e definir hipóteses de co-mediação;
- d) definir hipóteses de agrupamento de conflitos que envolvam questões similares;
- e) nos conflitos que envolvam questões relativas a prestação de contas, prever-se claramente a necessidade de participação dos órgãos de controle interno e externo na esfera de cada um dos entes envolvidos;
- f) deixar clara a necessidade de inclusão, em cada conciliação, de todos os entes que detenham competência para solução do problema, de modo que não estejam presentes à mesa de negociação apenas os entes afetados pelo conflito;

- g) deixar clara a possibilidade de realização de reuniões em separado com um ou mais participantes, por solicitação destes ou do conciliador, com o objetivo de esclarecer as causas do problema, bem assim visualizar propostas de solução, das quais deverão ter ciência todos os demais participantes;
- h) nos conflitos coletivos, que envolvem políticas públicas, incluir sempre, nas sessões de conciliação, os grupos e entidades não pertencentes à estrutura do Poder Público que sejam afetados pelo conflito, bem assim convidar sempre o Ministério Público;
- i) focar na adequada identificação de interesses e na formulação de critérios e princípios para a solução do conflito, incluindo, mas não se restringindo, às normas aplicáveis;
- j) deixar clara a possibilidade de que o acordo contenha a previsão de alterações normativas ou a criação de novas normas legais ou administrativas que sejam necessárias para resolver o conflito ou evitar novos, **sempre** que for necessário, incluindo na conciliação os entes competentes para a elaboração da norma, bem assim prazos para a conclusão dos trabalhos e o dever de informar a CCAF sobre o cumprimento;
- k) quando os estudos técnicos realizados por cada órgão envolvido no conflito não forem suficientes, promover a realização de estudos conjuntos, com a identificação prévia e negociada dos pontos a serem esclarecidos;
- l) prever a possibilidade de instauração do procedimento conciliatório por cidadão ou ente privado que se veja confrontado com entendimentos jurídicos conflitantes por parte de entes federais ou de ente federal e ente estadual, distrital ou municipal;
- m) criação de sistemas de avaliação da eficiência do procedimento conciliatório.

Sobre a participação de outros entes, a realização de estudos técnicos e o conteúdo do acordo, nos conflitos coletivos, voltarei a tratar, de forma mais detalhada, no último capítulo.

Sobre a inclusão de outros critérios na solução do conflito, que não apenas os explicitamente jurídicos, a exemplo de considerações de eficiência, vale lembrar, com Godoy (2009), que “o princípio da eficiência não significaria necessariamente desprezo para com a legalidade: tem-se (ou busca-se) convergência e complementação”. Muito do que se tem (ou teve) por “extra-jurídico”, aliás, hoje se encontra positivado em forma de princípio, demandando apenas sua concretização no caso concreto, como se dá com o princípio da

eficiência ou com o princípio da moralidade. Quando não existe a positivação, princípios de reconhecimento doutrinário e jurisprudencial, tais como os da igualdade material, da proporcionalidade, da razoabilidade e da harmonização ou concordância prática entre os direitos fundamentais, muitas vezes, se prestam a este mister.

Uma outra sugestão, que já foi formulada tanto por Alves (2010) quanto por Bernardo (2010), é a ampliação da competência da CCAF para conflitos envolvendo cidadãos (ou entes privados) e entes federais, sendo também defendida por integrantes da própria Câmara, como Patrícia Bertolo (2008). Tal proposta, naturalmente, dependeria da ampliação significativa do número de integrantes da CCAF, assim como de uma crescente especialização temática e aprimoramento na capacitação. A utilização do procedimento conciliatório, neste caso, deveria ser facultativa para o cidadão ou ente privado, sob pena de ferir-se o princípio da universalidade do acesso à jurisdição, sendo certo, porém, que o simples fornecimento de uma explicação razoável sobre os objetivos e métodos do procedimento, bem assim a sua oferta gratuita ao particular (cujos custos seriam certamente muito menores do que os envolvidos na resolução judicial do conflito), provavelmente serão mais do que suficientes para encorajar o particular a optar pela via consensual para resolver o conflito, após a qual, se infrutífera, remanesce o caminho da alternativa judicial.

### **7.2.2 Conflitos entre entes federativos ou no âmbito de um mesmo ente federativo**

Ao contrário do que se verifica em nível federal, não existe ainda nenhum órgão encarregado de promover a solução consensual de controvérsias entre diferentes Estados ou entre estes e o Distrito Federal. Tampouco existe órgão encarregado de solucionar conflitos entre Municípios de um mesmo Estado ou de Estados diversos.

Muito embora estes conflitos sejam menos frequentes do que aqueles que se podem verificar dentro de uma mesma esfera federativa, quando tais controvérsias ocorrem, suas repercussões são em geral amplas, não se limitando a meras questões burocráticas, mas afetando políticas públicas da maior relevância, como é comum na esfera ambiental (notadamente na gestão de recursos hídricos) e na esfera econômica (em especial em questões tributárias e outras relacionadas ao fomento). Os conflitos entre Estados vizinhos ocorrem na mesma proporção em que seus interesses são interdependentes, demandando, portanto, uma gestão apropriada a encontrar a solução que melhor encaminhe estes interesses, em benefício

da coletividade dos dois Estados. Jaffe e Stamato (2009) dão diversos exemplos de conflitos entre Estados americanos que tinham litígios envolvendo questões territoriais que foram solucionados pelo Judiciário nos quais a solução adotada pela decisão acabou tornando inviável o atendimento aos interesses de ambos os litigantes, como no conflito entre os Estados de Nova Iorque e New Jersey sobre a propriedade de Ellis Island, no qual a solução jurídica simplesmente fez com que até mesmo o maior prédio da ilha, de grande importância histórica, ficasse dividido em partes entre os dois Estados, sendo que a propriedade de Nova Iorque ficava cercada por todos os lados pelo território de New Jersey. Neste caso, o deslinde amargo do conflito acabou fazendo com que Nova Iorque (que ficou com uma porção bem menor) se recusasse a colaborar com New Jersey num projeto de gestão compartilhada da ilha.

Tendo em vista a representação equitativa dos entes federativos no Senado Federal, este parece ser a instância mais adequada para a criação de uma Comissão ou Câmara de Solução de Conflitos entre as Unidades da Federação, a qual poderia encaminhar adequadamente tanto os conflitos entre diferentes Estados quanto os conflitos entre Municípios situados em diferentes Estados.

Da mesma forma que são comuns os conflitos entre entes federais – sejam meros conflitos de competência, sejam os oriundos da necessidade de um órgão administrativo cumprir exigências de outro, sejam os decorrentes do conflito entre políticas públicas interdependentes – também no âmbito interno de cada Estado, do Distrito Federal ou dos Municípios, a ocorrência de tais conflitos justifica e requer a criação de um órgão encarregado de promover a solução apropriada destas controvérsias, o qual pode, a exemplo do que se verifica na esfera federal, ser criado na estrutura de cada uma das Procuradorias-Gerais dos Estados e das Procuradorias-Gerais dos Municípios.

Por fim, o mesmo órgão, no âmbito de cada Estado, encarregado de solucionar de forma consensual as divergências entre distintos entes estaduais, também pode ser incumbido de resolver os conflitos entre Municípios do mesmo Estado.



### 7.3 Controle externo e interno e meios consensuais de solução de conflitos

Uma outra esfera fértil em conflitos internos ao serviço público é a atinente ao controle externo exercido pelos Tribunais de Contas, bem como o controle interno exercido no seio do próprio Poder Executivo.

Também aqui já começam a ser esboçadas alternativas consensuais de construção de soluções que venham ao encontro dos interesses públicos que as cortes de contas e os sistemas de controle interno buscam proteger.

No âmbito do controle externo, os Tribunais de Contas dos Estados do Pará, de Mato Grosso e de Roraima são pioneiros na utilização de “termos de ajuste de gestão”, a fim de que o gestor público “regularize as pendências administrativas em certo tempo e sob certas condições, como medida suspensiva das modalidades sancionatórias postas à disposição das Cortes de Contas” (GUEDES, 2009, p. 268-269).

No âmbito do controle interno, o Município de Belo Horizonte previu, no Decreto municipal nº. 12.634, de 22.2.2007, a possibilidade de se firmar “Termo de Compromisso de Gestão”, que consiste em “instrumento de controle consensual, celebrado entre a autoridade máxima do órgão, entidade, programa ou projeto auditado e a Controladoria-Geral do Município” (artigo 12 do Decreto), contendo:

- I- identificação sucinta das autoridades e da administração envolvidas;
- II- obrigações e metas assumidas pelas autoridades diante das recomendações do Controlador-Geral do Município;
- III- prazos para implementação das obrigações assumidas;
- IV- outros elementos necessários para seu fiel cumprimento.

Há quem defenda, ainda, que as cortes de contas exerçam também o papel de solucionar conflitos entre órgãos públicos, como sugere Carlos Wellington Leite de Almeida:

O Tribunal age de maneira harmonizadora quando contribui pra a redução das diferenças entre órgãos e entidades da Administração Pública que podem, muitas vezes, estar conduzindo políticas públicas singulares que se chocam no todo ou em parte. É no bojo das ações pedagógicas e, em especial, das ações harmonizadoras, que o TCU deve pautar-se pela técnica de mediação. (2003, p. 47).

O autor em questão sustenta que, a exemplo dos conflitos ocorrentes entre órgãos públicos ambientais e órgãos que atuam em matéria de infra-estrutura, o Tribunal de Contas da União constitui espaço privilegiado de construção de soluções consensuais, já que “mediar

interesses é buscar soluções para os conflitos existentes com o menor custo possível, uma noção que está presente na condução dos processos no TCU” (2003, p. 52). Ele dá exemplos de situações concretas em que esta atuação mediadora já ocorreu, como no caso do licenciamento ambiental da hidrovía do Marajá, no qual a corte de contas federal foi capaz de, em face de um conflito entre o IBAMA e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura e Transportes, viabilizar a construção de um acordo entre os dois órgãos, pelo qual se garantiu a implantação da via fluvial com a adequada consideração dos impactos ambientais envolvidos.

#### **7.4 Meios consensuais de solução de conflitos entre categorias de servidores públicos e seus empregadores**

Por uma série de razões que não cabe aqui destrinchar, as relações entre servidores públicos e entes públicos aos quais estes se vinculam, no Brasil, é fonte de inúmeros conflitos, quase sempre envolvendo questões remuneratórias, já que outros direitos encontram-se delineados de maneira razoavelmente clara pela Constituição e legislação regulamentadora.

Muito embora a definição de valor da remuneração também se faça por lei, a iniciativa de projetos de lei sobre a matéria cabe à chefia do Executivo, de modo que sobre este, normalmente, se exercem as pressões de servidores, notadamente através do exercício do direito de greve, constitucionalmente assegurado e ainda pendente de regulamentação infraconstitucional.

A ausência de regulamentação contribui ainda mais para o surgimento de questões conflituosas, pois, a par das reivindicações propriamente ditas, estão comumente em jogo discussões acerca da legalidade ou não da greve, e a consequente possibilidade ou não de desconto dos dias não trabalhados na remuneração dos grevistas.

É bastante comum, em tais circunstâncias, que tais conflitos sejam judicializados, sendo que a sucessão de greves no serviço público em todas as esferas da Federação, mas principalmente a federal e a estadual, é um fenômeno que, a par de todos os prejuízos evidentes que traz à população, não parece recrudescer mesmo em cenários de aumentos reais e substanciais de remuneração, como é o caso, nos últimos anos, dos servidores federais.

Este quadro parece indicar que a utilização de meios consensuais de solução de conflitos coletivos nesta seara pode abrir uma possibilidade de solução que seja, ao mesmo

tempo, obtida mais rapidamente e cujo conteúdo seja mais durável, evitando o surgimento de novos conflitos que redundem na realização de greves, mas que tais conflitos possam ser administrados de forma mais eficiente pelas partes envolvidas.

Nos EUA, os conflitos coletivos de trabalho consistem no primeiro espaço onde se utilizou em grande escala a mediação. A motivação histórica foi o recrudescimento de greves no setor industrial (privado) no segundo pós-guerra, o que levou o governo federal e alguns governos estaduais a criarem órgãos especializados em mediação e conciliação de conflitos trabalhistas coletivos.

O órgão federal em questão é o Federal Mediation and Conciliation Service (FMCS), que, com o tempo, passou a atuar também em conflitos coletivos envolvendo servidores públicos, muito embora, nesta seara, alguns autores, como Douglas McCabe (1991, p. 81 e ss.), apontem ser muito mais limitado o espaço da negociação, justamente pela incidência de extensa regulamentação legal e limitações claras ao exercício do direito de greve. No setor privado, mesmo havendo muito maiores margens de negociação e liberdade para a realização de greves, a ocorrência destas tem se mantido num patamar bastante baixo nos EUA, o que se atribui, historicamente, justamente ao trabalho de qualidade desenvolvido pelos mediadores do FMCS, que dispõem de treinamento específico na área, além de terem necessariamente experiência pretérita na área trabalhista, seja no setor público, privado ou sindical (FINNEGAN, 1959-1960, p. 17).

O trabalho do mediador nesta área, como em outras, envolve, num momento inicial, a delimitação clara dos interesses em jogo, bem assim do histórico do relacionamento entre as partes. Como aponta Gallagher (1976), as conversas entre mediador e partes devem servir para clarificar:

- 1) o estado atual do impasse e o que aconteceu até então;
- 2) as questões envolvidas e sua importância relativa para cada um dos grupos (sindicato ou empresa);
- 3) as áreas nas quais cada um dos grupos está aberto a negociar, bem como os tópicos onde não estão;
- 4) as questões que cada um dos lados considera importantes em termos de tempo;
- 5) a percepção de importantes fatores políticos e de personalidade com relação a ambos os lados.<sup>244</sup>

---

<sup>244</sup> Tradução desta autora.

Duas questões merecem abordagem nesta rápida descrição do potencial da mediação de conflitos nesta área: a questão da obrigatoriedade (ou não) da utilização e a questão da confidencialidade das sessões.

Sobre a obrigatoriedade, já cheguei a afirmar que, como princípio, a compulsoriedade faz bastante sentido com relação aos entes públicos, pela simples razão de que devem obediência, em sua atuação, ao princípio da eficiência, e os meios consensuais têm se revelado, onde quer que vêm sendo utilizados, os mais rápidos, mais econômicos e que trazem maior satisfação com o resultado para as partes.

Embora talvez não seja viável, estabelecer a obrigatoriedade da mediação para os grupos que estão apresentando reivindicações aos entes públicos, é evidente o interesse destes na utilização voluntária deste caminho. Mesmo no setor privado, segundo relata Gallagher (1976, p. B-6),

[...] é uma política geralmente aceita nunca se recusar à mediação, sendo que a primeira razão para isso é que a recusa a mediar fornece ao outro lado um forte instrumento de propaganda negativa. A recusa a participar de uma mediação pode expor uma parte a críticas de que seu time de negociadores não está colaborando nem realizando todos os esforços possíveis para resolver o impasse de boa fé <sup>245</sup>.

Entretanto, ressalta ele, parece “sábio deixar o mediador tomar a iniciativa de fazer iniciar o processo de mediação. Esta abordagem pode ensejar o início de negociações que levem a um acordo sem que nenhuma das partes demonstre fraqueza por estar tomando a iniciativa de propor a via consensual.” (1976, p. B-7).

Daí a utilidade da existência de um órgão permanente encarregado da mediação de tais conflitos, como se tem nos EUA, já que este poderia, de ofício, incitar as partes à utilização da mediação, sem que nenhuma delas precise ficar melindrada em tomar a iniciativa neste sentido.

Cabe referir que, na Itália, o Decreto Legislativo 165, de 2001, prevê a tentativa obrigatória de conciliação em conflitos individuais envolvendo servidores públicos (GIOVANNINI, 2007, p. 175). Já na Espanha, a Ley 9/1987 (modificada pela Ley 7/1990) estabelece que deve ser utilizada a negociação coletiva nos conflitos envolvendo servidores e entes públicos acerca de condições de trabalho <sup>246</sup>.

---

<sup>245</sup> Tradução da autora.

<sup>246</sup> Segue o texto do dispositivo legal:

Sobre o outro aspecto, a confidencialidade, Richard Feiock e Jonathan West (1991, p. 44 e ss.) produziram interessantíssimo trabalho no qual analisaram a realização de negociações coletivas em conflitos entre servidores e entes públicos em um Estado onde estas se fazem em sessões públicas, nas quais se admite a presença de qualquer cidadão e da imprensa. O objetivo do estudo era verificar qual o impacto da publicidade na efetividade da mediação, já que, enquanto os defensores desta entendem que os participantes da negociação agirão de forma mais responsável sob os olhos atentos do público, seus opositores (que consistem na maioria dos participantes de tais negociações) alegam que os acordos produzidos nestas circunstâncias seriam de pior qualidade que os desenvolvidos em circunstâncias onde a confidencialidade é mantida, bem como que a publicidade favorece o surgimento de impasses e dificulta a mudança nas posições assumidas, além de tornar o processo mais lento.

Os autores descobriram que, muito embora o processo efetivamente se torne mais lento quando admitida a participação pública, não existe qualquer correlação entre esta e eventual queda de qualidade dos acordos produzidos.

De outra parte, relatam eles, também há “evidências de que a participação pode resultar em restrições ao diálogo e tornar a mudança de posições ou o encontro de soluções intermediárias mais difícil. Todavia, tendo em conta que a participação pública é um objetivo positivo, os benefícios de fornecer acesso às negociações podem superar estes custos.” (1991, p. 55).

Uma outra pesquisa relevante referida pelos autores descobriu que 67% dos negociadores consideram que “negociações públicas tornam mais fácil expor ‘propostas ridículas’” (1991, p. 48), de modo que é possível concluir que o provável alongamento do processo pode ser largamente beneficiado pelo incremento da ética nas negociações.

---

“Artículo 35

Los representantes de la administración del Estado, de las comunidades autónomas o de las entidades locales y de las organizaciones sindicales y sindicatos a que hacen referencia los artículos 30 y 31.2 de la presente ley, podrán llegar a acuerdos y pactos para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

Los pactos se celebrarán sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscriba y vincularán directamente a las partes.

Los acuerdos versarán sobre materias de competencia del Consejo de Ministros, consejos de gobierno de comunidades autónomas o pleno de las entidades locales. Para su validez y eficacia será necesaria la aprobación expresa y formal de estos órganos en su ámbito respectivo.

Los pactos y acuerdos deberán establecerse comisiones de seguimiento de los pactos y acuerdos.”

Fonte: <[http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases\\_datos/doc.php?id=BOE-A-1987-14115](http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-1987-14115)> Acesso em 3.11.2010.

Por esta razão, parece que a confidencialidade pode perfeitamente ser restringida aos contatos individuais entre mediador e cada uma das partes.

Cabe mencionar, para concluir este tópico, que a mediação de conflitos coletivos vem sendo cada vez mais utilizada no âmbito privado em nosso país, tendo evoluído, segundo dados do Ministério do Trabalho e Emprego, de 8.301 casos mediados no ano de 1997 para 14.577 casos mediados em 2008 <sup>247</sup> – o que parece um indicativo da eficácia do método, de modo que toda esta experiência já existente poderia ser aproveitada para desenvolver um método similar, com as devidas adaptações, no espaço público.

### **7.5 Mediação de conflitos no local de trabalho**

Um outro espaço onde é possível a ampla utilização de mediação de conflitos no espaço público é o dos conflitos no local de trabalho. Cumpre, preliminarmente, quando se pretende abordar o tema, conceituar o que seja um “conflito no local de trabalho”.

Muito embora ela não tenha sido pensada especificamente para conflitos desta natureza no âmbito do Poder Público, recorro inicialmente à definição de Daniel Dana (2001, p. 5), dado o fato de que, conceitualmente, não se diferenciam estes conflitos quando se desenvolvem no âmbito do serviço público ou no âmbito de um ente privado. Para este autor, “conflito no local de trabalho é a situação entre dois ou mais empregados cujos trabalhos são interdependentes, que se sentem enraivecidos, percebem o outro como culpado e agem de formas que causam um problema para a atuação do seu empregador.” <sup>248</sup> Não se trata, assim, de mera discordância de pensamento quanto a metodologia ou objetivos do trabalho, mas de uma condição em que os empregados envolvidos, quer demonstrem ou não, têm emoções negativas entre si e veem um ao outro como a raiz do problema, o que acaba por afetar sua produtividade, já que eles têm funções interdependentes entre si. A forma improdutiva de lidar com o conflito, em geral, envolve duas possibilidades: a) os empregados evitam interagir um(ns) com o(s) outro(s), mesmo quando isso seria recomendável e necessário em razão de suas competências funcionais; b) quando inevitável a interação, esta ocorre sempre numa base de demonstração individual de poder, com o objetivo de afrontar o(s) outro(s), nunca com base nos interesses da organização ou do público que ela busca atender.

---

<sup>247</sup> Fonte: <<http://www.mte.gov.br>> Link: Mediação. Link: Estatísticas. Acesso: 15.11.2010.

<sup>248</sup> Tradução desta autora.

Trata-se de uma definição de conflito no ambiente de trabalho que se restringe, assim, à dimensão interpessoal, cuja importância não pode ser ignorada.

Já Cram e MacWilliams (2000) adotam uma definição de conflito que parte de uma divergência de opiniões mal gerenciada:

[...] um problema existe quando há uma divergência de opiniões que afeta o comportamento, as decisões ou a habilidade de desempenhar uma tarefa. Se houver também uma crença de que os interesses ou objetivos das partes envolvidas não pode ser alcançado simultaneamente, então o problema se tornou um conflito <sup>249</sup>.

Optarei por uma definição mais abrangente, como a adotada por David Lipsky (2008), que engloba, além dos conflitos interpessoais descritos por Dana, também os conflitos relativos a formas pelas quais o trabalho deve ser executado e valores que devem guiá-lo, descritos por Cram e MacWilliams.

Cabe salientar, ainda, que muitos dentre os conflitos que se verificam no ambiente do trabalho podem possuir as duas dimensões, tenham ou não as partes consciência disso – e para cada uma das dimensões há de existir uma metodologia apropriada de resolução. Se os conflitos interpessoais podem e devem ser resolvidos envolvendo unicamente as pessoas que desenvolveram um mau relacionamento e precisam melhorá-lo, os conflitos envolvendo opções éticas e técnicas relativas à dinâmica do trabalho, não poucas vezes, se espalham por toda a organização, que necessita, mais do que as próprias pessoas envolvidas, de uma solução que seja a mais adequada aos objetivos organizacionais, os quais, no caso de entes públicos, encontram-se pré-definidos em nível constitucional e legislativo.

Note-se que o surgimento de conflitos não é algo negativo em si mesmo, podendo ser positiva ou negativa, porém, a forma de lidar com eles. É o que salienta Lipsky (2008):

Algumas formas de conflito, como os interpessoais ou conflitos de relacionamento, têm sido consistentemente apontadas como produzindo um efeito negativo em indivíduos e nos resultados do trabalho desenvolvido nas organizações. Outras formas de conflito, como aqueles associados com a forma que o trabalho é conduzido (conflito relativo a tarefas), têm sido apontadas como portadoras de um efeito positivo em alguns dos resultados do trabalho.

O que explica os efeitos positivos que algumas formas de conflito produzem nos resultados? Conflitos envolvendo tarefas frequentemente aprimoram o diálogo e o debate com respeito à forma que o trabalho deve ser feito. Além

---

<sup>249</sup> Tradução desta autora.

disso, pesquisas têm demonstrado que a presença de mecanismos de gestão de conflitos amplia os benefícios de conflitos com relação a tarefas.<sup>250</sup>

Não é preciso recorrer à teoria marxista de como o conflito constroi a história para compreender que a forma pela qual uma organização trata os conflitos nela emergentes está inextricavelmente ligada à sua capacidade ou disposição para a evolução. É o que salientam Bartunek e outros (1992, p. 223):

A maneira pela qual os conflitos são tratados tem implicações para a mudança organizacional. Na medida em que a forma prevalecente de lidar com os conflitos é evitá-los ou tolerá-los, essa postura contribui para reforçar e reproduzir os modelos operacionais existentes, mais do que para avaliar, modificar ou substituir estas estruturas. [...]

Muitos desafios à justiça, correção e imparcialidade em organizações são resolvidos de formas que lidam com o problema específico, mas não abordam as causas sistêmicas subjacentes<sup>251</sup>.

Uma prática bastante corrente em organizações pouco afetas à mudança é este tratamento de questões sistêmicas como se de questões individuais se tratasse, como também apontam Bartunek e outros (1992, p. 225):

[...] diversidade de classe, raça e gênero, assim como diferenças ideológicas, na maioria das organizações, tendem a ser traduzidas em problemas de trabalho cotidianos, personalizadas, evitadas em público e geridas primariamente em esferas privadas. Neste processo, estas importantes questões sociais, muito provavelmente, serão transformadas de questões de grupo em questões individuais, de preocupações de cunho social em assuntos de tarefas rotineiras, e de interesse público em interesse privado<sup>252</sup>.

O fato é que, sejam os conflitos de dimensão interpessoal, sejam eles de dimensão ética ou técnica, este tipo de situação, muito embora possa existir – e efetivamente exista – no âmbito de entes privados, lamentavelmente, encontra condições altamente favoráveis à sua proliferação na esfera do serviço público, por uma série de razões: a) a significativa dificuldade para a demissão, dada a estabilidade no emprego de que desfrutam os servidores públicos, a qual, atualmente, somente pode ser afastada em caso de falta grave devidamente apurada, mas, quando vier a ser regulamentada a previsão constitucional, também poderá sê-lo por desempenho insuficiente devidamente apurado; b) a pequena mobilidade horizontal de servidores públicos, que, via de regra, só podem ser removidos para outros cargos dentro da carreira para a qual foram admitidos por concurso, ainda que sua qualificação fosse adequada também a um cargo em outra carreira pública (a única exceção é a possibilidade de cessão

<sup>250</sup> Tradução desta autora.

<sup>251</sup> Tradução desta autora.

<sup>252</sup> Tradução desta autora.



para o exercício de cargos de confiança); c) a predominância de uma cultura administrativa burocrática, que coloca meios acima de fins, e assim constitui ambiente fértil para disputas baseadas no poder formal, o que pode dificultar, mesmo para os superiores, a exigência de uma conduta cooperativa e de uma interação produtiva entre servidores além do que esteja expressamente previsto em normas legais e administrativas; d) a ausência, no âmbito do Estado, da pressão pela sobrevivência que pode ser gerada pelo poder de escolha do consumidor, que é exercido constantemente e de forma direta, ao contrário da situação do cidadão, que somente pode escolher a cada quatro anos os legisladores e a chefia da Administração Pública, normalmente sem qualquer percepção direta do que isso significará em termos da qualidade dos serviços públicos que lhe são prestados. Esta condição favorece a pouca difusão, no seio do serviço público, de técnicas de gestão baseadas na eficiência, na flexibilidade e na criação do ambiente mais favorável à criatividade e produtividade, o que propicia a existência de situações de assédio moral, boicote mais ou menos ostensivo e mesmo alienação com relação aos propósitos últimos da entidade, notadamente quando a situação existente for puramente assentada na afirmação de relações de poder e não de responsabilidade para com os resultados do serviço.

Todo esse cenário contribui para a emergência de conflitos mais ou menos perceptíveis no âmbito das relações de trabalho que se desenvolvem na esfera pública, tornando evidente e urgente, portanto, a criação de sistemas que propiciem a gestão produtiva de tais conflitos. Vale citar, mais uma vez, as observações de Lipsky (2008):

Muito embora exista algum debate com relação à extensão da influência das práticas de gestão de recursos humanos sobre o desempenho da organização, grande parte da produção sobre o assunto nas duas últimas décadas tem acentuado que elas, de fato, contribuem para os objetivos subjacentes a uma organização, mediante, por exemplo, a redução da rotatividade, o aumento da produtividade da organização e o aprimoramento na qualidade do produto ou serviço.<sup>253</sup>

Um dos grandes benefícios de gerir conflitos desde o seu surgimento é também evitar a escalada do problema com o decurso do tempo. Como salienta o estudo feito pelo Centro de Resolução de Disputas envolvendo Políticas Públicas da Universidade do Texas (2000, p. 3), “muito embora evitar o conflito possa permitir as pessoas se sentirem melhores no momento,

---

<sup>253</sup> Tradução desta autora.

essa atitude normalmente não resolve o problema, que pode se solidificar e se tornar algo mais desagradável – uma reclamação formal num processo administrativo”<sup>254</sup>.

Firmada, assim, a utilidade e relevância de um sistema apropriado de gestão de conflitos envolvendo pessoas no quadro de organizações públicas, pelos mesmos motivos e por razões adicionais àquelas que estão presentes no setor privado, cabe agora descrever qual o formato que um sistema como este pode ou deve adotar.

Para definir as diretrizes de tais sistemas, é preciso atentar para as lições de Lipsky (2008): “as práticas de gestão de conflitos adotadas por uma organização precisam estar alinhadas com o padrão de empregos específico adotado pela organização e este padrão, por sua vez, precisa estar alinhado aos objetivos estratégicos da organização”<sup>255</sup>.

Para Lipsky (2008), sistemas de resolução de conflitos podem atender a três possíveis objetivos dentro de uma organização: a) resolver conflitos de uma forma mais rápida e econômica e prevenir a ocorrência de novos conflitos; b) dar voz às opiniões e reclamações dos empregados; c) aperfeiçoar a coordenação e comunicação dentro da organização.

O mesmo autor propõe uma tipologia de três “padrões de emprego” no mundo do trabalho, sendo que, para cada um deles, um ou mais objetivos de um sistema de gestão de conflitos poderá ser apropriado: a) as empresas cujo quadro de empregados seja caracterizado por acentuado controle hierárquico, pelo alto grau de discricionariedade na gestão e ausência de políticas claras formalizadas; b) as empresas que adotam uma gestão de recursos humanos, que se caracterizam por pagarem salários acima da média, pelo trabalho em equipe dirigido por gerentes, pelo incentivo ao desenvolvimento na carreira e pela presença de uma cultura organizacional; c) organizações que se caracterizam por práticas padronizadas, trabalho em equipe voltado para a solução de problemas, salários mais altos e vinculados ao desempenho.

Para as três categorias de organizações, o primeiro objetivo acima referido (resolver conflitos de forma mais eficiente) é relevante. Já o segundo objetivo (garantir um espaço de manifestação para os empregados no quadro organizacional) é relevante apenas para organizações que, no mínimo, adotem alguma política de gestão de pessoas, já que investem na manutenção e treinamento de seus empregados em seus quadros, ou seja, a segunda e

---

<sup>254</sup> Tradução desta autora.

<sup>255</sup> Tradução desta autora.

terceira categorias <sup>256</sup>. Por fim, o último objetivo somente seria relevante, segundo LIPSKY, na terceira categoria, que abrange organizações caracterizadas por alto grau de interdependência entre suas diferentes unidades, por uma estruturação predominantemente horizontal de poder e pelo alto valor atribuído ao compartilhamento de informações no seio da organização.

Ury e outros (1988) descrevem três modelos possíveis para solução de conflitos: a) baseados no poder; b) baseados no direito; c) baseados nos interesses – sendo que as estratégias baseadas em interesses seriam as capazes de propiciar os melhores resultados, como melhoria no relacionamento entre as partes, maior percepção de justiça e grau de satisfação e maior comprometimento com a solução encontrada. Estratégias baseadas nos outros dois critérios somente deveriam ser utilizadas, assim, quando aquela baseada nos interesses, utilizada em primeiro lugar, não funcionar. Para Jameson (2001), muito embora não se saiba em que medida, as estratégias baseadas em interesses já estão presentes nas organizações quando as partes se utilizam de negociações diretas, muito embora nem toda negociação seja baseada em interesses, notadamente quando realizadas entre pessoas em distintas posições na hierarquia. As estratégias baseadas em direitos também estão presentes nos procedimentos administrativos formais, assim como as estratégias baseadas no poder, que são as mais comuns nos procedimentos informais. Jameson (2001, p. 165) aponta que o caminho mais comum é a intervenção de gerentes na resolução de conflitos, mas que eles, normalmente, não utilizam técnicas de mediação e sim estratégias adversariais e inquisitoriais para resolver o conflito, seja impondo uma solução, seja reestruturando a distribuição de trabalho de forma a minimizar as interações entre as partes em conflito, seja determinando que eles encontrem uma solução por si mesmos (2005, p. 169).

Há quem defenda, contudo, como noticia Lipsky (2008), uma complementariedade entre os critérios baseados em direitos e em interesses. É conhecida a definição de Ihering de que direitos nada mais são do que interesses protegidos pela ordem jurídica e é também uma das diretrizes no campo da resolução de conflitos a assertiva de que não basta tutelar direitos, mas é preciso tratar de todos os interesses envolvidos, sejam ou não diretamente protegidos pela ordem jurídica. Entretanto, sabe-se que a utilização de um sistema informal de resolução

---

<sup>256</sup> Citando Lipsky (2008): “Um dos métodos pelos quais uma organização pode reduzir a rotatividade de seus empregados é a facilitação de mecanismos e procedimentos pelos quais estes possam manifestar suas opiniões (ter voz).”

pacífica de conflitos não impede juridicamente eventual utilização do sistema jurídico-formal de resolução de conflitos, muito embora possa não haver interesse em tal recurso, se a negociação foi bem conduzida. Daí a grande utilização, durante as negociações, de previsões de resultados prováveis caso o conflito fosse resolvido em juízo a fim de comparar com os resultados que podem ser consensualmente alcançados. Assim, a complementariedade entre os dois critérios parece inegável, ao passo que a estrutura de poder subjacente tampouco pode ser ignorada.

Sobre este último aspecto, Wiseman e Poitras escreveram elucidativo estudo de caso sobre mediação havida no âmbito de uma organização não-governamental envolvendo pessoas de diferente nível hierárquico – modalidade mais comum de conflito no local de trabalho, segundo apurou minha pesquisa de campo. No artigo, eles exploram a potencial contradição que pode assomar na instituição de processos de mediação de conflitos em instituições hierarquicamente organizadas (como é a grande maioria, inclusive no terceiro setor). Indagam eles: “como equilibrar o poder e encorajar comunicação horizontal no contexto da mediação sem ter um impacto no processo decisório centralizado e estrutura hierárquica no contexto organizacional?” (2002, p. 54) <sup>257</sup>.

A solução proposta por eles é: “as pessoas precisam reconhecer a importância de esclarecer a diferença no grau de poder entre as partes; se isso não ocorrer, uma briga por poder emergirá” (2002, p. 56) <sup>258</sup> e, se a disputa por poder ocorrer, salientam eles, o processo de mediação ficará inviabilizado, pois, em tal situação, as pessoas preferem escolher a competição do que a conciliação de interesses. Outras consequências da emergência de uma situação de luta por poder seriam, segundo eles:

- [...] - aqueles que detêm menos poder acusam os detentores de maior poder, como meio de se auto-afirmarem;
- os detentores de maior poder o exercem de forma coercitiva sobre os detentores de menor poder, também como forma de auto-afirmação;
- a luta por poder leva ao uso de estratégias inflexíveis e perda de efetividade.

Assim, para eles, o reconhecimento puro e simples de que se está operando dentro de uma estrutura hierárquica favorece a cooperação durante o processo de mediação. Note-se que tudo é uma questão de definição de escopo do processo de mediação. Se o objetivo é

---

<sup>257</sup> Tradução desta autora.

<sup>258</sup> Tradução desta autora.

resolver uma divergência entre chefia e subordinado que se originou de um suposto abuso de poder, por exemplo, o foco deve ser a busca de métodos mais produtivos pelos quais o detentor de poder possa contribuir com os objetivos da organização obtendo a cooperação dos membros de sua equipe, e não uma submissão ilimitada assentada na coerção pura e simples.

Caberia, assim, ao mediador “manter as expectativas das partes realistas em relação ao contexto organizacional”, pois, embora ela se desenvolva “num quadro que é distinto daquele representado pela estrutura organizacional”, deve ser lembrado que “as partes continuam a operar dentro de uma estrutura hierárquica” (2002, p. 62) <sup>259</sup>.

De outra parte, lembram eles, “quando as partes pareçam querer recorrer à estrutura de poder da organização durante o processo, o mediador deve lembrá-las de porque elas se dispuseram a dialogar num espaço paralelo à hierarquia institucional durante a mediação” (2002, p. 62-63) <sup>260</sup>.

A meu ver, a mediação num contexto hierárquico, como também em outras circunstâncias, deve necessariamente instaurar um novo padrão de relacionamento entre as partes, inclusive com uma ampliação na compreensão de seus papéis dentro da estrutura organizacional. Ainda que estas permaneçam exatamente na mesma posição em que se encontravam antes do processo, o processo, no mínimo, deverá servir para uma mudança de postura no sentido de uma conduta mais cooperativa e alinhada aos objetivos da organização, seja, por exemplo, clarificando para um subordinado a importância do respeito às regras estabelecidas, cuja revisão tem canais próprios para ser realizada, seja apontando para um supervisor a importância de manter aberto um canal de comunicação com seus subordinados, que estão na linha de frente do trabalho, não apenas permitindo que estes cheguem até ele para obter orientações e relatar problemas, mas garantindo a estes a segurança de que as sugestões, dificuldades e questões técnicas apontadas por eles serão levadas em consideração.

### **7.5.1 Da abrangência: que casos são ou não apropriados para a mediação**

A mediação de conflitos no ambiente de trabalho não se presta, por evidente, a solucionar conflitos oriundos de má conduta disciplinar grave, em que pode ficar inclusive

---

<sup>259</sup> Tradução desta autora.

<sup>260</sup> Tradução desta autora.

apurada a prática de crime e em que da investigação dos fatos não seja possível extrair outra consequência que não a demissão do servidor a bem do serviço público.

Tampouco é adequada para situações em que fique evidenciada a falta de disposição de uma das partes para contribuir de forma produtiva para o diálogo e o reenquadramento (ampliação de perspectiva) dos fatos, de maneira a construir uma interação mais positiva no futuro.

Em ambas as situações, cabe ao mediador, caso tenha havido o início de um procedimento de mediação, encerrá-lo e comunicar a situação ao setor de gestão de pessoas da organização, para que sejam adotadas as medidas cabíveis.

### **7.5.2 Questões procedimentais**

Evidenciadas a necessidade e utilidade de um programa de mediação de conflitos relativos ao local de trabalho no âmbito do serviço público, cumpre abordar algumas questões procedimentais envolvidas na estruturação de um programa desta natureza.

#### **7.5.2.1 Do início do procedimento: de ofício ou apenas mediante requerimento de uma das partes**

Uma das questões-chave para o sucesso de um programa de mediação no local de trabalho, por evidente, é a sua utilização pelos envolvidos em conflitos.

Parece natural, contudo, que exista, no início de qualquer programa, receio e resistência na participação, os quais tendem a se dissipar à medida em que seja construída credibilidade a partir de bons resultados.

Em um ambiente de assimetria de poder, contudo, como existe na maioria dos entes públicos, parece também natural que, mesmo após longo tempo da existência de um programa desta natureza, possa persistir o receio de retaliações e a resistência a tratar abertamente e de forma produtiva os conflitos que surjam no cotidiano organizacional, principalmente por parte de novos servidores, que estão sempre ingressando nos quadros de cada órgão e aos quais deveria ser dada especial atenção em face do potencial frescor de ideias trazidas de um outro ambiente, seja ele acadêmico ou profissional.

Parece fazer sentido, assim, inclusive para proteger as partes em posição inferior no quadro hierárquico ou com menos antiguidade na instituição, que seja possível ao órgão gestor de recursos humanos e a todos os gestores de equipes que solicitem a instauração de um procedimento de mediação de conflitos que possam estar comprometendo o desempenho de um ou mais servidores. Veja-se que o comprometimento do desempenho é um resultado que extrapola claramente a esfera dos interesses pessoais dos envolvidos, prejudicando a qualidade do serviço público prestado – daí haver um interesse público na resolução do conflito, decorrência direta do princípio da eficiência, que deve nortear a atuação da Administração Pública brasileira em todas as suas esferas.

É altamente salutar, naturalmente, que os treinamentos em técnicas de comunicação e gestão de conflitos que sejam propiciados a gestores de pessoas os habilitem a resolver conflitos desta natureza que apresentem menor grau de complexidade.

É, porém, natural que os gestores não sejam especialistas no assunto, já que seu cargo envolve diversas outras atribuições e responsabilidades quanto a resultados, de modo que podem se ver com dificuldades para solucionar todos os eventuais conflitos surgidos em sua equipe e, principalmente, entre membros de sua equipe e servidores de outras áreas que não sejam a si subordinadas.

Neste tipo de situação, em que o próprio supervisor imediato verifica haver um comprometimento do desempenho ou em que um especialista em recursos humanos do órgão constata haver um quadro de desarmonia que possa estar prejudicando o desempenho de um ou mais servidores, o procedimento pode e deve ser instaurado de ofício, a bem da eficiência do serviço público e em prol de toda a coletividade por ele atendida.

#### **7.5.2.2 Da obrigatoriedade ou voluntariedade**

Como visto no item anterior, a resolução de um conflito no ambiente de trabalho em um ente público tem repercussões muito mais sérias que a de um conflito no seio de um ente privado. Se, neste último caso, os interesses dos consumidores de bens ou serviços privados daquele ente (que normalmente têm plenas condições de recorrer a um outro fornecedor de produtos ou serviços) podem ser afetados, assim como os lucros da organização e os empregos por ela propiciados, no caso do ente público, os cidadãos afetados, cujo número

pode chegar facilmente à esfera dos milhares, dependem integralmente deste ente público para o atendimento de seus interesses, seja por ser um serviço prestado exclusivamente pelo Estado, seja por ser um serviço gratuito cujo equivalente somente poderia ser obtido no setor privado, a um custo que boa parcela da população não poderia suportar.

Não se admite, pois, que a vontade (ou quem sabe o capricho...) individual de um ou mais servidores envolvidos em um conflito que afeta a qualidade do serviço desempenhado pelo órgão seja o critério determinante para decidir se este conflito será ou não resolvido.

Muitos dirão que o comparecimento de má vontade a uma sessão de mediação não gera bons resultados – porém, esta má vontade aqui se direciona aos objetivos organizacionais do ente público ao qual o servidor está vinculado, não podendo ser admitida como inócua, pois sua repercussão extrapola a esfera de interesses do servidor. Assim, eventual comportamento refratário de qualquer das partes, a ser cautelosamente avaliado e apurado por mediador qualificado, em sessão de mediação pode e deve ser registrado na ficha individual, seja para fins de avaliação de desempenho, seja para demonstrar, caso o conflito venha a se aguzar e gerar apuração de uma falta funcional no futuro, que a instituição propiciou um caminho para resolução do conflito e este foi recusado. Ademais, o acordo, em si, não tem como ser obrigatório, de modo que não ocorre qualquer coerção à liberdade pessoal dos servidores se um ou ambos se recusarem a considerar possibilidades de solução. Parece natural, é claro, que, em uma determinada situação conflitiva, uma das partes tenha mais interesse numa solução do que a outra. Deve-se apurar, contudo, qual o interesse público na solução do conflito. Se este for de tal monta que o conflito extrapole a esfera do interesse pessoal dos servidores, a ausência de solução consensual pode e deve ensejar a instauração de um processo administrativo para apuração mais precisa dos fatos e obtenção de decisão administrativa acerca da solução adequada.

É importante registrar que, muito embora em nossa pesquisa de campo nos EUA, nenhum dos programas de resolução de conflitos no ambiente de trabalho utilizasse a mediação obrigatória, esta é comum na esfera judicial naquele país, sendo que o maior programa de resolução de conflitos no ambiente de trabalho lá existente, mantido pelos correios, cujos resultados são altamente reconhecidos por sua qualidade <sup>261</sup>, é um programa

---

<sup>261</sup>Citando Baruch Bush (2001): “estudos já realizados da mediação de conflitos no âmbito do REDRESS [nome do programa de mediação de conflitos envolvendo empregados dos correios] registram altos níveis de satisfação



que utiliza a obrigatoriedade da mediação, conforme se verifica no trabalho de Pell (2005), sendo que a ausência de solução consensual enseja a utilização dos meios formais cabíveis.

Relata Pell (2005, p. 335) que, “segundo o Departamento de Gestão de Pessoal, a natureza obrigatória do programa de mediação dos correios é uma das razões para o seu sucesso”<sup>262</sup>.

Sabe-se que predomina no ambiente de trabalho uma visão negativa do conflito. Não parece haver demonstração mais clara por parte da gerência da organização de que esta encara o conflito sob uma perspectiva positiva e que deve ser trabalhado em benefício da organização como um todo do que a instituição da obrigatoriedade da utilização da mediação.

Note que, além de gerar uma situação pessoal normalmente angustiante para os envolvidos (ou, na melhor das hipóteses, que gera sua alienação em relação ao seu trabalho), a ausência de resolução dos conflitos apresenta uma série de consequências negativas para o ambiente de trabalho, conforme apontado por Cram e MacWilliams:

- excessiva rotatividade de empregados;
- baixa motivação entre os empregados;
- redução na produtividade;
- problemas de qualidade nos resultados do trabalho;
- atraso ou perdas de prazo;
- necessidade de aumento da supervisão (e dos custos daí decorrentes);
- aumento no stress entre os empregados;
- fracionamento desnecessário de atividades;
- comportamentos passivo-agressivos;
- comportamentos abusivos;
- danos à credibilidade da gerência;
- redução na satisfação dos clientes;
- danos à reputação;
- divisões da equipe;
- clima de desconfiança mútua<sup>263</sup>

Todos estes resultados indesejáveis geram, ainda, aumento de custos para a organização, que vão desde as despesas de seleção e treinamento de novos empregados

---

das partes e relacionam esta satisfação ao valor que as partes dão às oportunidades oferecidas pela mediação para sua auto-determinação e expressão.” Tradução desta autora.

<sup>262</sup> Tradução desta autora.

<sup>263</sup> Tradução desta autora.

sempre que um dos empregados envolvidos em um conflito deixa a organização, seja pelas perdas de produtividade (que muitas vezes se espalham por toda a equipe, não afetando apenas os envolvidos diretamente no conflito), seja pelos custos envolvidos na reparação de erros cometidos. Cabe, assim, aos gestores da organização, notadamente as de natureza pública, adotarem uma postura pró-ativa que permita a detecção e gestão eficiente dos conflitos tão cedo quanto seja possível no seio do órgão público.

### **7.5.2.3 Da difusão da utilização do sistema no âmbito da organização**

Não obstante um bom programa de mediação possa se beneficiar da possibilidade de instauração de procedimentos de ofício, parece evidente que nenhuma chefia ou Departamento de Recursos Humanos é onipotente, onisciente ou sensível o suficiente para captar com perfeição todos os casos em que se verifique um conflito no quadro organizacional.

Todo programa precisa contar, assim, com a confiança dos interessados, que devem vê-lo como alternativa a ser considerada a cada vez que se viam envolvidos numa situação conflitiva com outros servidores da organização.

Para este fim, é fundamental que os mecanismos de funcionamento do programa sejam claros e conhecidos, que ele disponha de instrumentos de mensuração e avaliação de seus resultados, e que estes, evidentemente, se mostrem satisfatórios, tanto do ponto de vista dos envolvidos quanto do ponto de vista organizacional. Os meios mais utilizados para tal fim são cartilhas que explicam os objetivos e procedimentos do programa, bem como treinamentos em diversos ambientes organizacionais, nos quais se explicam as diversas vantagens de tais programas, tais como as apontadas por Pell (2005, p. 317): estes “programas permitem que as disputas sejam tratadas quando ainda estão num estágio inicial, permitem aos empregados externar suas reclamações e à gerência aprender sobre as fontes de insatisfação dos empregados.”<sup>264</sup>. Como aponta o Escritório de Igualdade de Oportunidades de Empregos do Departamento de Aeronáutica americano<sup>265</sup>, além da economia de custos gerada com os programas de mediação, estes também evitam sofrimento humano considerável.

---

<sup>264</sup> Tradução desta autora.

<sup>265</sup> <http://www.mediate.com/articles/adairforce.com>

Segundo esta mesma autora, que estudou as razões para o baixo índice (cerca de 15%) de utilização da mediação no programa de resolução de conflitos do Departamento de Transportes dos EUA (equivalente ao nosso Ministério dos Transportes), pelo menos três delas concernem à disponibilidade de informação ou à cultura organizacional: a) o primeiro problema apontado por ela (2005, p. 328-333) é o de que os empregados não sabem o suficiente sobre o processo a fim de realizar uma decisão informada sobre se deveriam ou não utilizar a mediação; b) um outro problema que ela aponta é a resistência de advogados e de gestores de recursos humanos, que também conhecem pouco sobre os métodos e benefícios da mediação; c) um outro problema, por fim, é o fato de que tanto gerentes quanto empregados têm dificuldades em superar um modo de pensar voltado ao passado e passar a focar na melhor forma de resolver o problema, além de terem dificuldades com o nivelamento de poder que ocorre durante a mediação.

Já o estudo realizado por Jameson (2001, p. 187) levou às seguintes conclusões:

[...] empregados somente buscam a assistência de terceiros se eles se sentirem confiantes de que isso não trará danos à sua reputação ou futuro na organização. Mediadores precisam trabalhar com os líderes da organização para mudar sua visão do conflito e criar um ambiente que seja amigável à sua resolução construtiva. Líderes precisam ser lembrados de que conflitos não implicam necessariamente algo ruim ou errado, mas são frequentemente o ímpeto para a adaptação e inovação <sup>266</sup>.

Todos estes estudos deixam claro que um programa eficiente de mediação de conflitos no local de trabalho deve ser antecedido de muitas atividades educativas com relação ao processo, em todos os níveis da organização.

É essencial, para tal fim, o comprometimento da alta gerência da organização com o programa e suas diretrizes. Segundo McCabe (1991, p. 99),

[...] se a política ou prática é desenvolvida pela gerência de nível intermediário, ela não deve ser instituída enquanto não contar com apoio autêntico e integral da alta gerência e, além disso, a implementação deve ser adiada enquanto o pessoal operacional não tiver sido adequadamente treinado e suficientemente motivado. Qualquer ação preparatória menos intensiva que isto pode ser contra-produtiva <sup>267</sup>.

Um exemplo de distorção possível quando não existe claro comprometimento do nível gerencial da organização é a situação relatada por Jean Poitras e outros (2005, p. 43 e ss.), na qual, a partir da existência de um sistema de mediação de conflitos em processo disciplinar,

---

<sup>266</sup> Tradução desta autora.

<sup>267</sup> Tradução desta autora.

determinados gerentes passam a majorar as penalidades aplicadas a seus empregados, já considerando uma possível minoração no curso do processo de mediação.

Em nenhuma organização de grande porte, porém, haverá meio de assegurar o integral comprometimento de todos os seus gerentes, sendo evidente que a possibilidade de distorções sempre existirá. A aplicação de penalidades exageradas, de outra parte, é uma possibilidade presente quer exista, quer não, um sistema de mediação de conflitos, já que, como apontam os mesmos autores (2005, p. 46), “a sanção pode não refletir os fatos, mas faz sentido para o gerente num nível emocional”<sup>268</sup>. Um dos instrumentos para evitar tal prática será tratado no item seguinte, que é a transparência (ou limitação da confidencialidade) que proponho para o processo de mediação, já que, como também apontam estes autores (2005, p. 48), “ao garantir a confidencialidade, a mediação também protege os gerentes da exposição de seus erros perante empregados, pares e superiores, quando ficar claro que a sanção imposta foi inapropriada”<sup>269</sup>.

#### **7.5.2.4 Da confidencialidade e sua medida**

Assim como para outros conflitos envolvendo o Poder Público em geral, entendo que a confidencialidade somente se justifica, devendo ser assegurada nesta hipótese, quando estiverem envolvidos assuntos afetos à esfera de intimidade das pessoas envolvidas no conflito, jamais quanto a aspectos funcionais, ou seja, concernentes à instituição e suas atividades.

Esta transparência favorece a isonomia e a credibilidade do programa, pois o torna mais previsível e passível de controle pelos interessados, que são todos aqueles que podem ser afetados pelo desempenho dos servidores de uma determinada instituição.

Tanto os documentos iniciais que delimitaram o escopo da mediação quanto os acordos finais celebrados e documentos que os justifiquem devem ser devidamente arquivados, seja para garantir o cumprimento destes últimos, seja para registrar o histórico do relacionamento e do comportamento funcional das partes, que podem vir a se envolver em novos conflitos e a consideração deste histórico pode ser útil ao trabalho do mediador no sentido de compreender o contexto do conflito para poder formular questões que façam o

---

<sup>268</sup> Tradução desta autora.

<sup>269</sup> Tradução desta autora.

servidor refletir sobre sua conduta. Tudo isso pressupõe, todavia, uma cultura organizacional que encare o conflito sob uma perspectiva positiva e não a cultura predominante em que os “empregados receiam que, se eles chamarem atenção para questões conflituosas, eles serão rotulados como pessoas ‘de difícil convívio’ ou como ‘pessoas que não sabem trabalhar em equipe’.”<sup>270</sup>

Não parece, contudo, haver inconveniente em manter a confidencialidade das sessões, já que a presença do mediador deve ser mais do que suficiente para manter o equilíbrio de poder e direcionar o processo para um enfoque produtivo, voltado para a proteção dos reais interesses das partes e do serviço. A participação de terceiros nas sessões deve ser restrita às situações em que é necessário o esclarecimento de fatos eventualmente controvertidos entre as partes.

#### **7.5.2.5 Quem são os mediadores: pessoas internas ou externas à organização, em tempo integral ou em tempo parcial**

Uma das questões fundamentais na estruturação de um bom programa de mediação, naturalmente, diz respeito à identidade dos mediadores. Existem argumentos contrários e favoráveis à utilização de mediadores internos ou externos à organização, militando em favor dos primeiros o conhecimento da cultura organizacional e em favor destes últimos a tendência a uma maior imparcialidade.

Um dos critérios comumente adotados pelas organizações nesta definição são os custos, o que favorece a “solução caseira”, mas esta pode, definitivamente, se adotado o formato em que os mediadores acumulam suas funções com outras que já desempenhavam no seio da organização, perder simultaneamente em qualidade e em imparcialidade. Pell (2005, p. 330) aponta claramente que um dos maiores obstáculos para a eficiência de um programa de mediação de conflitos no ambiente de trabalho é a falta de confiança nos mediadores internos por parte dos empregados, razão pela qual ela entende que “o uso de um mediador externo pode ser a melhor solução para mediar tais disputas”<sup>271</sup>. Entretanto, como ela mesma

---

<sup>270</sup> CRAM; MACWILLIAMS, 2000, tradução desta autora.

<sup>271</sup> Tradução desta autora.

revela, “o processo de obter mediadores externos pode parecer complicado e de custo proibitivo para um órgão público” <sup>272</sup>.

Em pesquisa conduzida por Jameson (2001, p. 181) em grandes organizações, as principais barreiras identificadas pelos empregados para a utilização de um sistema de resolução de conflitos foram: a) falta de confiança nos terceiros disponíveis para mediar o conflito (43,3%); b) falta de canais de comunicação (41,8%); c) possíveis danos ao relacionamento com colegas (42,3%); d) receio de que o sistema poderia trazer mais danos do que benefícios (40%).

A “solução caseira” mais aceitável parece ser o sistema em que a instituição cujo porte o justifica mantém uma pequena equipe de mediadores em tempo integral, a qual normalmente acumula funções de capacitação em gestão de conflitos para gerentes, bem como realiza treinamentos e atividades com objetivos tanto de divulgar o programa e seus benefícios, quanto de trabalhar preventivamente no seio da organização os temas mais recorrentes nos conflitos nela surgidos.

Quando o orçamento e o porte da organização o permitem, uma solução adequada, quando houver mediadores externos confiáveis disponíveis, é a utilização de mediadores externos. Nos EUA, segundo Pell (2005, p. 335), o programa de mediação dos correios utiliza este sistema, o que parece reforçar a sua credibilidade perante os empregados da organização. A autora em questão definitivamente recomenda o uso de mediadores externos (2005, p. 342-343), seja neste formato, seja naquele que descreverei a seguir.

Muitos órgãos públicos, notadamente de nível local e também em pequenos Estados, podem ter dificuldades técnicas ou orçamentárias para manter um programa interno de mediação de conflitos envolvendo servidores. Neste caso, e mesmo no de órgãos de maior porte que entendam ser mais confiável um programa externo à organização, pode ser mantido um programa compartilhado de mediadores aptos a atender simultaneamente a vários órgãos públicos, que para ele contribuem financeiramente na proporção de seu quadro de servidores e dele podem se utilizar livremente na medida de suas necessidades.

Esta solução é adotada em vários Estados e também por alguns órgãos federais nos EUA, gerando redução de custos e garantia de imparcialidade dos mediadores, que, embora sejam servidores públicos de carreira, não podem atuar em conflitos que se verifiquem em sua

---

<sup>272</sup> Idem.

instituição de origem. É este o caso do Texas, em que o Centro de Resolução de Disputas que envolvem Políticas Públicas da Universidade do Texas auxiliou um conjunto de órgãos públicos estaduais e locais a estruturar um programa compartilhado desta natureza.

#### **7.5.2.6 Dos custos do programa – e sua comparação com as alternativas disponíveis**

Quando se pensa nos custos de um sistema de gestão de conflitos no local de trabalho, normalmente os gestores comparam estes custos com a situação de inexistência de um sistema de gestão de conflitos – tal como se a instituição de um programa com esta natureza tivesse como único efeito criar despesas para a organização.

Existem dois outros modos, porém, de encarar estes custos. O primeiro (e mais comum) é comparar os custos de um sistema de resolução de disputas cujo método central é a mediação com os custos de um sistema em que os conflitos são resolvidos pelo método tradicional (um processo administrativo formal). Este primeiro método não considera os impactos da resolução do conflito seja no desempenho dos empregados envolvidos, seja no ambiente organizacional. O segundo método, que é também mais trabalhoso, porém mais preciso, leva em conta o custo global dos conflitos existentes (não apenas aqueles que levaram à instauração de um processo administrativo formal buscando uma decisão a respeito, que são minoria) nos resultados da organização e os compara com os custos de um sistema que seja eficiente o bastante para tratar da grande maioria destes conflitos.

Um exemplo do primeiro método é o estudo feito pelo Departamento de Processos Administrativos da Prefeitura de Nova Iorque, no qual Wood e Leon (2006) apuraram que a resolução de um conflito entre servidores no seu Centro de Mediação tem um custo seis vezes menor do que os custos incorridos no processo administrativo formal tradicional e 450 vezes menor do que o custo médio de um processo judicial, duas modalidades de processos cujo número decresce à medida em que aumenta a utilização da mediação <sup>273</sup>.

---

<sup>273</sup> Apesar dos excelentes resultados obtidos pelo programa, que também se traduzem no alto grau de satisfação entre os participantes, os autores referidos relatam, todavia, que, em um universo de 300 mil empregados do Município de Nova Iorque, o Centro de Mediação lidou com apenas 54 casos em seus primeiros dois anos de existência – o que eles atribuem “à falta de uma ordem do Poder Executivo ou exigência legal de que os órgãos refiram casos para mediação” (2006, p. 400). A partir de contatos feitos com os gerentes encarregados da gestão de pessoas em diferentes órgãos, os integrantes do Centro ouviram destes que: “preferem manter a gestão dos conflitos surgidos em seu órgão ‘em casa’”. Outros se preocupam com sua responsabilidade pessoal e do órgão. E outros ainda encaram seus casos em termos mais estreitos, entendendo que, se uma reclamação se assenta numa

Exemplo do segundo método é a metodologia proposta por Daniel Dana (1999), que estima os custos de cada conflito no resultado da organização da seguinte maneira:

- 1) tempo perdido na jornada de trabalho dos empregados diretamente envolvidos no conflito <sup>274</sup>;
- 2) perda na qualidade das decisões tomadas sob influência do conflito;
- 3) perda de empregados qualificados;
- 4) reestruturação do fluxo de trabalho pré-definido para evitar o acirramento do conflito;
- 5) sabotagem/furto/danos a materiais ou equipamentos de trabalho em decorrência de sentimentos não tratados decorrentes do conflito;
- 6) perda de produtividade decorrente da queda de motivação resultante do conflito para os empregados nele envolvidos;
- 7) absenteísmo;
- 8) custos com saúde decorrentes da somatização do mal-estar psíquico relacionado ao conflito.

Note-se que esta estimativa leva em conta apenas impactos diretos do conflito, sem tomar em conta a perda de boas ideias, levando à inovação de processos de trabalho e acréscimo de produtividade que poderiam resultar se determinados conflitos fossem tratados de forma adequada.

Embora o segundo seja o mais preciso e, em realidade, os dois métodos sejam complementares, qualquer um deles, ainda que utilizado de forma isolada, é suficiente para demonstrar a viabilidade financeira do investimento em um sistema de gestão de conflitos.

Cabe ainda ressaltar que, na esfera pública, em que os recursos financeiros são captados dos contribuintes e entregues aos gestores do Estado para que os administrem da forma mais produtiva e benéfica à coletividade, a opção por um sistema como este não se

---

violação de norma administrativa, medidas coercitivas devem ser aplicadas, e se ela não tem consistência jurídica, nenhuma ação precisa ser tomada.” Observa-se, assim, que práticas antiquadas de gestão de pessoas acabam prevalecendo sobre o interesse público em uma gestão eficiente de conflitos envolvendo servidores.

<sup>274</sup> Note-se que o cálculo feito desta forma é conservador, já que desconsidera o tempo perdido pelos gerentes na gestão do conflito. Citando o mesmo artigo: “Um estudo clássico de administração (‘A survey of managerial interests with respect to conflict’), de Kenneth W. Thomas e W. H. Schmidt, publicado no *Academy of Management Journal* em junho de 1976, revelou que aproximadamente 30% do tempo de um gerente típico é gasto administrando conflitos. Um estudo mais recente (‘Managers as negotiators’, de Carol Watson e Richard Hoffman, publicado na *Leadership Quarterly* de julho de 1996) mostrou que 42% do tempo dos gerentes é gasto chegando a acordos com outros gerentes e funcionários em situações de conflito.” Tradução de Marco Tulio de Freitas.



circunscreve à esfera de discricionariedade da Administração, mas se insere na esfera do dever de boa administração, de que fala o administrativista Juarez Freitas <sup>275</sup>.

## 7.6 Elaboração participativa de regulamentos administrativos

Resta abordar, por fim, um derradeiro espaço para a utilização de meios consensuais na tomada de decisões em espaços públicos: a elaboração de atos normativos regulamentadores. O tema relaciona-se à questão da participação democrática na Administração Pública, sendo que já existem, no Brasil, em especial no âmbito de agências reguladoras, diversas experiências pioneiras de utilização de mecanismos que propiciam a participação de administrados na elaboração de atos normativos, normalmente pela via de realização de audiências públicas, outras vezes pela oportunidade de apresentar comentários a minutas de normas.

A oportunidade de participação, muitas vezes, decorre de exigência legal, como se depreende dos exemplos arrolados por Alexandre Aragão, ao discorrer sobre tais mecanismos no âmbito das agências reguladoras:

[...] a maior parte das leis que as instituíram fixaram a necessidade de realização de audiências públicas prévias à tomada de decisões, inclusive normativas, pelas agências reguladoras (*verbi gratia*, o artigo 18 da Lei nº. 9.478/97 – Lei do Petróleo). O artigo 4º., § 3º., da Lei nº. 9.427/96 estabeleceu a obrigatoriedade de que todas as decisões da ANEEL que possam afetar direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores devem ser precedidas de audiência pública. Já a Lei nº. 9.472/97 estabeleceu para a ANATEL a obrigação de realizar consultas públicas prévias aos seus atos relevantes, inclusive, expressamente, os de natureza normativa (artigos 19, III; 39; 42; 89, II; 195). O artigo 68 da Lei nº. 10.233/01, instituidora da ANTT e da ANTAQ, prescreveu, por sua vez, que “as iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública.” O artigo 32 do Decreto nº. 3.327/00, que regulamenta a Lei nº. 9.961/00, estabelece a obrigatoriedade de a ANS realizar audiências públicas prévias à formulação de anteprojetos de lei. No mesmo sentido o Decreto nº. 3.029/99 em relação à ANVISA.

---

<sup>275</sup> Para o autor, a “discricionariedade administrativa, no Estado Democrático, encontra-se vinculada ao direito fundamental à boa administração pública, sob pena de serem solapados os limites indispensáveis à liberdade de conformação. Toda discricionariedade administrativa precisa guardar referência ao sistema: a liberdade é dada para facultar a melhor conformação possível, não para obstá-la. Nesse sentido, não se admite a mera faculdade. A liberdade, se e quando exercida como negação dos princípios fundamentais, torna-se viciada por excesso ou deficiência – e, como tal, negadora da discricionariedade legítima. Em outras palavras, faz-se arbitrária e não universalizável racionalmente.” (2007, p. 125).

[...] Há uma série de outros dispositivos (mormente regimentais), e aí sim para todas as agências sem exceção, que fixam detalhadas normas de realização facultativa de audiências públicas. Note-se, inclusive, que a Lei do Processo Administrativo Federal – Lei nº. 9.784/99, aplicável, naturalmente, às agências reguladoras federais (*ex vi* artigo 1º., Lei nº. 9.784/99), previu genericamente a possibilidade de convocação de consulta pública nos processos que, ainda que individuais, envolvam “assuntos de interesse geral” (artigo 31, Lei nº. 9.784/99).

Nos EUA, onde a exigência de dar publicidade a minutas de regulamentos administrativos que possam afetar substancialmente interesses dos cidadãos ou entes privados ligados, por exemplo, à liberdade ou à propriedade existe desde o Administrative Procedure Act de 1946, passou-se, desde 1990, a prever também, agora de forma facultativa, a possibilidade de utilização do procedimento denominado “*negotiated rulemaking*”, que nada mais é do que um mecanismo pelo qual se permite a negociação direta entre os setores afetados pela norma a ser editada, a fim de se elaborar uma minuta de forma consensual, previamente à fase de consulta pública obrigatória.

As razões para a realização de consulta pública obrigatória naquele país <sup>276</sup> radicam, basicamente, em três argumentos: a) a busca de legitimação democrática da atuação estatal,

---

<sup>276</sup> Sérgio Varella Bruna fornece a descrição resumida do procedimento de tal consulta na esfera federal nos EUA, com base nas regras legais acerca da matéria: “A primeira delas [...] determina a obrigatoriedade de a agência publicar no Diário Oficial (*Federal Register*) o *Edital de Proposta Regulamentar* (*Notice of Proposed Rulemaking*), consistente numa comunicação ao público da intenção de editar um regulamento acerca de um certo assunto, que deve conter: (1) uma declaração sobre a época, o lugar e a natureza dos procedimentos públicos regulamentares a serem adotados; (2) o dispositivo legal que fundamenta a competência regulamentar em questão; e (3) o texto da norma em discussão ou uma descrição dos problemas e temas envolvidos. [...] Além disso, pode a agência através dele definir uma ‘estrutura intelectual’ para o processo de consulta pública, identificando: (a) alternativas regulamentares que estão sendo avaliadas pela agência; (b) as metodologias que a agência está pretendendo utilizar; (c) a linha de argumentação que a agência atualmente prestigia; e (d) as questões de particular interesse sobre as quais se esperam comentários. [...] Durante a fase de *consulta pública*, deve ser concedida às partes uma oportunidade para aduzirem, por escrito, seus comentários à proposta, fornecendo os dados e informações que julgarem adequados (5, US Code, § 553, ‘b’), não se exigindo, todavia, que se lhes franqueie que o façam oralmente. [...] o procedimento típico para atividade regulamentar é dito informal (*informal rulemaking*), não se exigindo que a agência decida estritamente com base na prova dos autos, pois se lhe permite recorrer ao seu próprio conhecimento técnico e à sua experiência. Não obstante, os autos devem ser formados de modo adequado, contendo elementos suficientes que permitam o controle judicial da racionalidade da decisão, de forma a tornar possível aferir se a agência decidiu *todas as questões relevantes*, demonstrando a existência de uma relação racional entre os  *fatos estabelecidos* e as *alternativas escolhidas*. Além disso, em que pese não se exigir que a agência decida exclusivamente com base nos elementos dos autos, não se admite venha ela a ocultar das partes informações relevantes que estavam disponíveis quando da elaboração da proposta, devendo neles ser incluídos todos os materiais (como estudos internos) que a agência vier a utilizar como base da regulamentação adotada, em razão do que não são toleradas tentativas de convalidar a decisão mediante recurso a documentos que não sejam contemporâneos à decisão e que não constaram nos autos. [...] ao decidir os temas objeto de sua proposta, a autoridade deve incluir na norma ao final editada uma justificação concisa de seus fundamentos e objetivos [...] que deve, no mínimo, indicar as *principais questões políticas* aventadas durante a fase de consulta pública, bem como explicar quais as *razões das soluções*

inclusive como uma reação ao aumento de poderes de intervenção do Estado na esfera econômica desde o *New Deal*; b) o reconhecimento de que “a *expertise* das agências não é capaz de eliminar o caráter político de muitas das decisões cometidas a órgãos administrativos” (BRUNA, 2003, p. 205) ou, em outros termos, a necessidade de sopesar os diferentes interesses em jogo; c) a busca de maior “qualidade da informação, dizendo respeito ao importante papel exercido pela participação quanto à descoberta dos elementos de fato necessários ao bom desempenho da função regulamentar” (idem). Isto porque, como reporta Sérgio Varella Bruna, reconhece-se que

[...] os agentes privados normalmente possuem maior conhecimento sobre os temas envolvidos do que a própria agência especializada e, assim, a participação dos interessados no processo regulamentar é um modo efetivo de disponibilizar à Administração todas as informações relevantes, bem como de tornar possível ao órgão normativo avaliar as alternativas sugeridas pelos destinatários da norma regulamentar (2003, p. 205).

A utilização da elaboração negociada ou participativa de regulamentos administrativos, diversamente da consulta pública, como dito, não é obrigatória, devendo haver uma avaliação do ente regulamentador da adequação de sua adoção em cada processo de elaboração normativa. No direito americano, como relata Sérgio Varella Bruno, a legislação prevê que o procedimento é apropriado

[...] quando haja um número limitado de interesses identificáveis a serem afetados pela norma, tornando possível a formação de uma comissão capaz de legitimamente representar os interesses identificados e que esteja disposta a, de boa fé, alcançar uma solução consensual para o problema em causa (cf. US Code, § 563, “a”).

Quando a agência entende que é conveniente adotar este procedimento, a legislação federal americana exige que se publique no jornal oficial daquele país uma notícia de que foi constituído um comitê para negociar o conteúdo da futura proposta de norma, mencionando os assuntos que esta virá a regular, os interesses que serão por ela afetadas, quem serão os representantes de cada um dos interesses e o prazo que o comitê terá para apresentar a proposta consensual de norma (US Code, § 564, “a”). Segundo relata Sérgio Varella Bruna, o edital também deve “abrir aos interessados um período de pelo menos 30 dias para a submissão de comentários sobre a proposta (cf. 5, US Code, § 564, ‘c’), sendo-lhes facultado, caso se julguem inadequadamente representados pelos nomes indicados pela agência, apontar outros representantes para compor a comissão negociadora (cf. 5, US Code, § 564, ‘b’).”

---

*escolhidas* pela autoridade quanto a tais questões, especialmente *tendo em vista os fins legais* que lhe cabe perseguir no exercício da competência regulamentar.” (2003, p. 208-211).

(2003, p. 216-217). Após esta fase, o ente público dotado da competência regulamentar pode optar por continuar ou não com o procedimento de elaboração negociada da proposta de norma. Se decidir prosseguir, como relata Sérgio Bruna,

[...] inicia-se a fase de discussão da proposta, que poderá culminar tanto com a definição de um texto consensual a ser submetido à agência, quanto pela constatação da impossibilidade de atingir esse consenso. Em ambas as situações, a comissão deve entregar à agência um relatório: na primeira hipótese, contendo a proposta normativa; na segunda, esclarecendo os motivos pelos quais o consenso não foi alcançado e quais os pontos de conflito, podendo, nessa circunstância, oferecer as informações e recomendações que a comissão julgar apropriadas (US Code, § 566, “f”).

É importante observar que as legislações dos Estados americanos também costumam prever procedimento similar. Por exemplo, um dos estudos de caso constantes do Apêndice III contempla uma situação de *negotiated rule-making* no Estado do Texas. Nos casos em que ocorre a utilização do procedimento, a pesquisa de campo desenvolvida nos EUA permitiu concluir que, quase sempre, se alcança o consenso, se não total, ao menos sobre questões essenciais a serem tratadas pela norma, o que reduz substancialmente os questionamentos em juízo de tais atos normativos, de modo que se trata de ferramenta muito eficaz na prevenção de conflitos e no incremento da eficiência administrativa. Seu emprego, todavia, não é generalizado seja em nível federal, seja em nível estadual, pois, também nos EUA, existe resistência à utilização ampla de mecanismos de democracia participativa, geralmente alegando-se que eles tornam o processo demasiado lento e custoso, sem que, contudo, se realize uma ponderação destes custos com os benefícios que podem ser obtidos com a utilização do processo.

Uma crítica que se pode fazer com relação à legislação americana sobre o tema decorre da ausência de previsão de participação do ente público que detém a competência regulamentar e, de consequência, conhecimento técnico especializado sobre a matéria, no comitê de negociações. Esta participação, que, a meu ver, deve incluir órgãos técnicos e jurídicos do ente público respectivo, parece fundamental para fornecer esclarecimentos técnicos no curso das conversações, bem assim para garantir que a proposta de norma regulamentar não venha a violar atos normativos de hierarquia superior. Ademais, serve, juntamente com a atuação do mediador (cuja participação é absolutamente necessária para uma condução produtiva das negociações), para equilibrar eventuais desequilíbrios no “poder de barganha” das partes representadas no comitê.

O incremento na participação do ente público serve também para minimizar os riscos envolvidos em tal procedimento, sobre os quais se debruçou Luísa Cristina Pinto e Netto em trabalho resultante de pesquisas para sua Tese de Doutorado em Portugal. Para esta autora, há riscos de três ordens envolvidos na maior abertura de procedimentos administrativos à participação pública: a) riscos à eficiência; b) riscos relativos à igualdade ou à impessoalidade; c) riscos relativos ao interesse público. Os primeiros dizem respeito ao inevitável alongamento temporal do processo decisório que decorre da maior participação pública, o que pode também encarecer ou até mesmo paralisar o procedimento, bem como o risco de “diluição da responsabilidade”, dada a possibilidade de multiplicação dos centros de decisão. Os segundos concernem ao fato de que os

[...] cidadãos, grupos e organizações privadas legitimados a participar de procedimentos não se encontram em posição de paridade fática; há particulares privilegiados pela detenção de meios econômicos, políticos e de informação. Se a participação não for equilibrada e paritária, pode levar a decisões que privilegiem injustificadamente certos interessados – com maior poder de pressão –, ferindo assim a impessoalidade. (2009, p. 130).

Já os terceiros, que costumam ser designados como “riscos de captura dos interesses públicos por interesses privados” integram fenômeno que, segundo Luísa Netto, pode ser “decorrente do despreparo do aparato administrativo para atuar em setores profundamente especializados e de alta complexidade” (2009, p. 133).

A meu ver, os riscos relativos à captura do interesse público incluem-se na mesma categoria dos riscos à igualdade, pois ambos decorrem de uma possível supremacia técnica ou econômica de setores privados, seja em face de interesses também privados, porém difusos e não-organizados, seja em face de interesses públicos que, da mesma forma, não estejam recebendo adequada proteção.

A autora em questão entende que tais riscos “podem ser evitados ou minimizados por meio de uma adequada disciplina procedimental” (2009, p. 121), de modo que ela propõe, para tal fim: a) a obrigatoriedade de publicidade e transparência; b) a obrigatoriedade de fundamentação das decisões administrativas; c) a obrigatoriedade de imparcialidade; d) a racionalidade procedimental.

As propostas dela, sem dúvida, parecem contribuir para a redução de tais riscos, existindo, porém, certa vagueza na ideia de “racionalidade procedimental”, vagueza que parece poder ser densificada pela utilização de procedimentos de mediação, semelhantes aos

que se descreverá no próximo capítulo para a resolução de conflitos coletivos. A racionalização do processo que decorre pela utilização da mediação participativa, ademais, faz com que este possa ser concluído em tempo e custo razoáveis, sendo que a atuação do mediador (ou equipe de mediadores) possibilita que seja garantido devido equilíbrio de poder entre as partes, pois, como já visto no capítulo 3, este é inclusive um dos deveres éticos de mediadores. Também foi visto no mesmo capítulo que é um dos deveres dos mediadores o de apontar para as partes a necessidade de assessoramento técnico, sempre que necessário, o que, nos procedimentos de mediação de conflitos coletivos, se viabiliza mediante a realização de estudos técnicos de definição conjunta, o que tem o condão de neutralizar o fato de que alguns setores tenham vindo para a mesa de negociação mais tecnicamente preparados do que outros. Da mesma forma, a desigualdade de informações deve ser grandemente neutralizada no curso do processo de mediação participativa, já que todas as informações reputadas relevantes para a tomada de decisão deverão ser compartilhadas e tornadas acessíveis a todos os membros do grupo de interessados. O procedimento para tal fim será detalhado no último capítulo.

### **7.7 Mediação comunitária e conflitos envolvendo o Poder Público**

Um outro canal da maior importância onde podem ser solucionados consensualmente conflitos envolvendo o Poder Público são os programas de mediação comunitária, que, no Brasil, como revelou a pesquisa empírica, são administrados tanto por órgãos públicos (judiciais ou ligados ao Poder Executivo) quanto por entidades sem fins lucrativos. Conforme se pode verificar nos trabalhos de Karen Duffy (1991) e Timothy Hedeem (2004), trata-se de situação semelhante à que se verifica nos EUA, onde, porém, o número de programas é bem maior (Duffy, 1991, p. 26), existe uma clara predominância de programas não governamentais, na proporção de nove para cada programa governamental (Hedeem, 2004, p. 106) e a criação de tais programas remonta às décadas de 60 a 80 (Duffy, 1991, p. 26). Tanto aqui como lá, contudo, existem diversas parcerias entre programas governamentais e não-governamentais neste campo, sendo que boa parte do trabalho destes últimos provém justamente de casos referidos por órgãos judiciais (Hedeem, 2004, p. 108).

Cabe aqui, naturalmente, uma definição do que sejam programas de mediação comunitária, para o que vou me valer das lições de Daniel McGillis (1986, p. 87). Para este autor, estes programas possuem cinco traços característicos:

[...] (1) não cobrar pelos serviços prestados; (2) não exigir a presença de advogados; (3) realizar audiências em horários convenientes para todas as partes no conflito, inclusive noites e fins de semana; (4) fornecer regras e procedimentos de forma facilmente compreensível; (5) fornecer mediadores que falam outras línguas além do inglês para atender partes que não falam o inglês <sup>277</sup>.

Quanto a este último elemento, por evidente, não se encontra presente na realidade brasileira, justamente porque esta não conta em sua população com a imensa proporção de imigrantes estrangeiros existente no país do autor, os EUA.

Justamente por serem gratuitos, tais programas, seja no Brasil, seja nos EUA, são voltados para o atendimento da população carente, o que leva a crer seja bastante comum a ocorrência de demandas de cunho coletivo, sendo que o ideal é que tais programas deem o tratamento adequado à complexidade de tais conflitos. Como salienta Ildemar Egger, em sua Tese de Doutorado, os “membros de qualquer comunidade de excluídos não só devem ser ajudados na solução de seus conflitos interpessoais, na reconstrução de sua dignidade e sentido de vida; devem também ser ajudados na organização de suas lutas enquanto comunidade de excluídos.” (2008, p. 330).

Muito embora nem todo programa de mediação comunitária abranja a resolução de conflitos, individuais ou coletivos, envolvendo o Poder Público, a maioria deles, no Brasil, atende ao menos os conflitos individuais que têm como uma das partes um ente público, entre os quais se destacam, como se apurou na pesquisa de campo, conflitos com concessionárias de serviços públicos. Alguns poucos programas têm a preocupação de dar tratamento diferenciado às demandas coletivas envolvendo entes públicos, como se pôde verificar no caso do programa Justiça Comunitária, desenvolvido no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, bem assim no caso do programa Mediação de Conflitos, desenvolvido pela Secretaria de Estado de Defesa Social de Minas Gerais. Este último conta, inclusive, com procedimento institucionalizado para identificar e encaminhar de forma adequada as demandas de natureza coletiva <sup>278</sup>.

---

<sup>277</sup> Tradução desta autora.

<sup>278</sup> É o que descrevem Ariane Leandro e Giselle Cruz: “Quando a(s) demanda(s) chega(m) para a mediação atendimento, inicialmente como demanda(s) individual(is) e, após analisada(s) e debatida(s) com a(s) pessoa(s) que procura(m) o programa, é(são) percebida(s) como demanda de cunho comunitário, esta(s) será(ao) abordada(s) de modo a ser(em) coletivizada(s).” (2009, p. 218).

Tampouco nos EUA ocorre a atuação de todo programa de mediação comunitária no âmbito de conflitos coletivos envolvendo entes públicos, muito embora alguns programas incluam também esta faceta. Segundo Hedeem (2004, p. 108),

[...] os tipos de conflitos administrados incluem crimes leves, pequenas causas cíveis, questões de guarda e visitação de filhos, conflitos em relações de locação de imóveis, conflitos de vizinhança envolvendo barulho ou limites de propriedade, conflitos comportamentais em escolas, esforços de justiça restaurativa (vítima-ofensor), diferenças interpessoais e conflitos envolvendo demandas de grandes grupos quanto a políticas públicas, meio ambiente ou questões comunitárias<sup>279</sup>.

Uma possível dificuldade existirá no gerenciamento das demandas envolvendo entes públicos quando os programas são mantidos pelo próprio Poder Executivo ou por entidades governamentais que têm parcerias com entes públicos, exigindo que, nestes casos, sejam criados mecanismos que assegurem a imparcialidade de tais programas na condução de conflitos desta natureza.

---

<sup>279</sup> Tradução desta autora. Segundo este mesmo autor (2004, p. 114), a “facilitação de conflitos inter-grupos ou envolvendo políticas públicas parece ser uma área de crescimento para os centros de mediação comunitária.” (tradução desta autora).



## VIII – A OPERACIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS COLETIVOS

Dada a maior complexidade que envolve os conflitos coletivos, quais sejam, aqueles trazidos a juízo em ações populares, ações civis públicas ou outras ações coletivas, seja pelo fato de que atingem uma pluralidade de titulares de direitos no polo ativo e, normalmente, no polo passivo, podem envolver mais de um órgão público que tenha competência na proteção destes direitos (algumas vezes de mais de uma esfera da Federação), seja pelo fato de que muitos destes conflitos são multifacetados, envolvendo direitos fundamentais que estão em conflito com outros direitos também de natureza fundamental, coloca-se como absolutamente desafiadora para o Poder Judiciário a perspectiva de realizar a sua adequada ponderação obtendo uma solução que seja ao mesmo tempo viável e juridicamente aceitável. Em razão de seu potencial para gerar um diálogo que propicie o esclarecimento de interesses convergentes e divergentes, e a exploração de soluções que atendam a todos os interesses legítimos, a mediação se afigura, assim, como o instrumento apropriado para a busca de uma solução que, além de preencher os requisitos jurídicos cabíveis, seja efetivamente construída e aceita por todos os envolvidos.

Afirmar-se, porém, que deve haver tentativa de solução consensual do conflito por meio da mediação é dizer muito pouco, já que inúmeras questões surgem a respeito de como operacionalizar o funcionamento deste instrumento: quem será o mediador? Como ele será escolhido? Quem deve participar das sessões de mediação? Elas devem ser públicas ou confidenciais? Como se dá o deslinde de questões técnicas que afetem a solução do conflito? Devem ser consideradas as informações de fato relevantes que estão em poder de órgãos públicos? E se houver necessidade de medidas de urgência? E se a solução do problema exigir a alteração de leis orçamentárias ou mesmo de outra natureza? Como se monitora o cumprimento do acordado? Que tipo de sanção pode ser prevista para garantir o cumprimento do acordo?

O propósito deste capítulo é responder a todas essas questões, utilizando-se para tanto da experiência de outros países e dos princípios constitucionais e legais consagrados na legislação brasileira.

Muito embora a utilização de conciliação em ações coletivas, como já tratado no item 5.2, seja perfeitamente admissível à luz do ordenamento vigente, como são raras as

experiências neste sentido na prática forense pátria, sendo de se registrar, apenas, a realização de audiências públicas e a participação de *amicus curiae* em ações diretas de inconstitucionalidade (a qual é prevista pela Lei 9.868), quiçá as respostas que esboçamos para estas questões possam ser úteis na elaboração de legislação a respeito.

A criação de norma específica sobre a utilização de meios consensuais na solução de conflitos coletivos, sem sombra de dúvida, incentivaria o seu uso, bem como consistiria na possível resposta às angústias que vêm sendo enfrentadas pelos membros do Judiciário brasileiro, que cada vez mais se veem às voltas com o julgamento de conflitos que envolvem políticas públicas complexas sem que vislumbrem no processo civil tradicional instrumentos capazes de dar conta desse desafio.

Nos países onde já se utiliza a mediação em questões ambientais (v.g., EUA, Canadá, diversos países da União Européia), muito se debateu sobre a adequação deste método surgido e tradicionalmente utilizado na resolução de conflitos envolvendo direitos disponíveis e/ou de natureza privada (notadamente conflitos de natureza patrimonial e na área de família) a esta classe de conflitos caracterizada, de uma parte, por uma complexidade muito maior, inclusive do ponto de vista subjetivo (por serem muitos os interessados), e, de outra parte, por versar sobre direitos, por essência, indisponíveis.

O que se percebe é que a proposta de utilização da mediação nesta seara não surgiu tanto devido aos méritos da mediação quanto em razão da percepção generalizada da falência do sistema jurisdicional para dar conta da complexidade dos conflitos desta natureza <sup>280</sup>, seja do ponto de vista técnico-científico, seja do ponto de vista intersubjetivo.

No que diz respeito à possibilidade de mediação envolvendo direitos indisponíveis, valem aqui as mesmas considerações que já foram feitas na doutrina acerca da celebração de ajustamento de conduta (já que este nada mais é do que modalidade de negociação), seja o

---

<sup>280</sup> Neste sentido GIRARD, Jennifer. Dispute resolution in environmental conflicts: panacea or placebo? Disponível em: <http://cfcj-fcjc.org/clearinghouse/drpapers/girard.htm> Acesso em 31.3.2008.

Um estudo de Rosemary O'Leary (Environmental management at the millenium: the use of environmental dispute resolution by State governments. **Journal of Public Administration Research and Theory**. Vol. 10. University of Kansas, January 1, 2000, p. 137 e ss.) também demonstra que 47% dos Estados americanos adota programas de resolução de conflitos envolvendo a atuação de um terceiro facilitador, sendo que, dos 53% restantes, um terço tinha a intenção de implementar tais programas no futuro (quando ela fez a pesquisa) e um terço não tinha programas oficiais, mas contavam com entidades não-governamentais fortes e confiáveis que atuavam na resolução consensual de conflitos na área ambiental. A pesquisa também demonstrou que, quanto maior o comprometimento do Estado com a proteção ambiental, maior o grau em que ele também se preocupou em institucionalizar meios de solução consensual de conflitos nesta área.

judicial, seja o extrajudicial: “mesmo se tratando de questão posta em juízo, não há a possibilidade de transigir sobre o objeto do direito, apenas de definir prazos, condições, lugar e forma de cumprimento, ainda que se utilize o termo transação.” (RODRIGUES, 2006, p. 236)<sup>281</sup>.

Vale dizer, existindo já expressa autorização legislativa, a qual foi formulada e vem de fato funcionando como resposta aos anseios por uma tutela coletiva mais eficaz<sup>282</sup>, para a utilização da negociação quanto à forma de cumprimento dos deveres jurídicos correspondentes aos direitos de natureza transindividual, evidente que não há que se objetar quanto à possibilidade de resolução destes mesmos conflitos pela via da mediação.

Cabe demonstrar, assim, que vantagens seriam efetivamente trazidas pela utilização do instituto da mediação, ao lado das já existentes na negociação (termo de ajustamento de conduta extrajudicial) e na conciliação (termo de ajustamento de conduta judicial) envolvendo direitos indisponíveis no sistema jurídico brasileiro.

Primeiramente, cabe uma palavra a respeito da insignificante utilização e apresentação de resultados positivos no que concerne à conciliação em juízo nos conflitos de natureza transindividual. Sobre o tema, é oportuno colher os comentários do Prof. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, em pesquisa que ele realizou há cerca de uma década a respeito do tema:

Os dados relativos a compromissos de ajustamento de conduta realizados na fase judicial são desalentadores: um único caso, representando 1,14% do número total de ações pesquisadas. Várias causas podem ser apontadas para justificar tal situação: a) a falta de experiência e mesmo do conhecimento do que significa e como funciona o compromisso de ajustamento de conduta, em especial para o encaminhamento da negociação, e o estabelecimento das condições nos limites autorizados por lei; b) a falta de oportunidade na fase judicial, pois não se costuma realizar audiência de conciliação específica para tanto; c) o receio, mesmo das pessoas mais experientes, em celebrar tais compromissos pela responsabilidade que ele representa, em face dos direitos em jogo, sendo mais confortável promover a ação ou deixá-la prosseguir. (1999, p. 207).

<sup>281</sup> Em realidade, anota a autora, ao comentar sobre o compromisso de ajuste de conduta celebrado como expressão de um acordo entre o autor do ilícito ambiental e o Poder Público, “o compromisso tem que ser um meio através do qual se possa alcançar, pelo menos, tudo aquilo que seja possível obter em sede de eventual julgamento de procedência em ação judicial relacionada àquela conduta específica.” Op. cit., p. 176.

<sup>282</sup> Geisa Rodrigues, por ocasião da elaboração de sua tese de doutoramento, efetuou ampla pesquisa de campo abrangendo termos de ajustamento de conduta celebrados pelo Ministério Público Federal de setembro de 1992 a julho de 1998 e concluiu: “O exame dos dados colhidos na pesquisa nos permite concluir que a utilização do instituto do termo de ajustamento de conduta pode efetivamente contribuir para ampliar o acesso à justiça de toda a sociedade. O ajustamento de conduta é uma solução alternativa de conflito eficaz e compatível com os desafios apresentados pela satisfação dos direitos transindividuais.” (2006, p. 294-5). Mais adiante, afirma ela: “Nos compromissos estudados, não vislumbramos a ocorrência de transação indevida.” (2006, p. 295).

Se, por um lado, a celebração de termos de ajuste de conduta extrajudicial em algumas matérias revela-se mais profícua, é inegável que nem sempre esta possibilidade é efetivamente levada a efeito, notadamente em casos de maior complexidade técnica ou intersubjetiva.

Ademais, em nosso país, a cultura dos operadores jurídicos em geral – e isso infelizmente não é diferente para grande parte dos membros do Ministério Público, instituição presente no polo ativo da maioria dos compromissos de ajuste de conduta – é predominantemente voltada para o litígio, para buscar a vitória através do contencioso judicial, inexistindo o domínio de técnicas de negociação ou conciliação que favoreçam o diálogo rumo a uma solução consensual.

A simples realização de audiências públicas (as quais, como se sabe, não tomam decisões vinculativas para o Poder Público), propiciando amplo debate e participação de todos os interessados, embora defendida com ardor por grande parte da doutrina, não garante que o diálogo ocorra de forma produtiva e que partes pouco dispostas a ouvir busquem construir soluções que contemplem todos os interesses em jogo.

Podemos nos valer, neste aspecto, dos ensinamentos de dois professores norte-americanos, Judith Innes e David Booher (2004). Eles formulam uma rigorosa crítica aos instrumentos de participação pública previstos na legislação norte-americana (notadamente as audiências públicas), que não conseguem obter uma genuína participação no processo decisório e/ou no planejamento. Na prática, frequentemente trata-se de espaços de litigiosidade constante, onde não ocorre o diálogo e a negociação dos interesses contrapostos, sendo realizados apenas para cumprir as exigências legais. A literatura sobre o assunto tem entendido que o problema é que os métodos não estão sendo adequadamente utilizados. Para os autores referidos, atualmente, “nós estamos presos à armadilha de pensar que participação social envolve cidadãos de um lado e o governo do outro. Esse dualismo simplista subjaz aos debates e encoraja a participação adversarial.” (2004, p. 421) <sup>283</sup>.

Na realidade, entendem eles que a

[...] participação precisa ser colaborativa e incorporar não apenas cidadãos, mas também interesses organizados, organizações com fins lucrativos e sem fins lucrativos, planejadores e gestores públicos. [...] métodos de participação efetiva envolvem colaboração, diálogo e interação. São inclusivos. Não são reativos, mas focados em antecipar e definir ações

---

<sup>283</sup> Tradução desta autora.

futuras. [...] Desafiam o estado atual das coisas e formulam questões complexas sobre temas tidos como pacíficos. (2004, p. 421-2) <sup>284</sup>.

A **participação colaborativa**, segundo os autores norte-americanos, incrementa a representatividade e legitimidade em relação a outros métodos, mas isso requer **assegurar que grupos mais fracos estejam devidamente incluídos e assistidos para participar dos debates**. Além disso, nela não existe o dilema da escolha entre o interesse individual e o interesse coletivo, pois os diálogos são direcionados para conciliar todos os interesses envolvidos, ao contrário dos modelos tradicionais, em que não existe este esforço de integração (2004, p. 430).

Em suma, **não basta assegurar a participação social, é preciso assegurar a utilização de métodos pelos quais a manifestação das diferentes visões de grupo possa ser canalizada de forma construtiva**, a fim de produzir, com clareza de visão, decisões que realmente caminhem no sentido de proteger todos os interesses envolvidos.

Tal fato conduz à constatação de que, na maior parte das vezes, será necessária a participação de um terceiro imparcial, que detenha tanto o domínio de técnicas de negociação, quanto um razoável conhecimento sobre a matéria objeto do conflito, a fim de identificar os pontos comuns e as divergências, arrolar possíveis alternativas para a solução do conflito e fazer com que as partes escolham, consensualmente, uma opção que seja viável para ambas. Daí a conveniência da adoção da mediação, em que o terceiro facilitador ficará encarregado de não deixar as partes perderem o foco na busca da solução do problema.

Todavia, a já mencionada ausência de tradição na adoção dos métodos não-adversariais de solução de conflitos por estas “bandas” coloca-nos diante do desafio de capacitar profissionais nesta área de atuação: de um lado, qualificar os órgãos legitimados em técnicas de negociação; de outro, capacitar profissionais imparciais e idôneos, com conhecimentos técnicos razoáveis em cada tipo de conflito que envolve política pública, a fim de formar um cadastro de mediadores <sup>285</sup> que possa ser utilizado tanto pelos órgãos públicos legitimados à celebração de ajustamento de conduta quanto pelo Poder Judiciário, quando for feita nova tentativa de mediação em juízo ou se ainda não tiver ocorrido mediação ou negociação na fase pré-processual. Voltarei a este aspecto mais adiante.

---

<sup>284</sup> Tradução desta autora.

<sup>285</sup> A exemplo do que ocorre no Canadá, conforme GIRARD, Jennifer. *Op. cit.*, p. 5.

## 8.1 A conversão de ações individuais em ações coletivas sempre que estiverem em jogo políticas públicas

Não obstante todas as vantagens da utilização do processo coletivo, permanece, naturalmente, a possibilidade de o cidadão ou entidade que, individualmente, sofra lesão ou ameaça a direito por parte do Poder Público e/ou ente privado levar a juízo um conflito que envolva uma política pública. Esta possibilidade não pode, ademais, ser afastada sem que se configure um golpe frontal ao princípio da universalidade da jurisdição, uma das bases de todo e qualquer Estado Democrático de Direito.

A realidade mostra que, incontáveis vezes, questões envolvendo políticas públicas, notadamente na área de saúde, têm sido levadas a juízo não pelo Ministério Público ou outros entes públicos ou entidades legitimadas, mediante o instrumental das ações coletivas, mas sim por titulares individuais de direitos que se pretendem ameaçados ou lesados pelo Poder Público nesta seara.

Este fenômeno tem levado a ponderáveis preocupações baseadas no princípio da isonomia, já que inúmeras pessoas, muitas vezes, em situação muito mais grave que a dos autores de tais ações, não se beneficiam da mesma forma dos efeitos de decisões judiciais favoráveis. Além disso, as decisões que concedem benefícios têm sido muito criticadas seja em aspectos técnicos (nos conflitos na área de saúde, por exemplo, muitas vezes o tratamento ou medicamento pleiteado são de eficácia duvidosa), seja em aspectos jurídicos, pois elas afetam a definição de prioridades previamente realizada pelas leis orçamentárias **sem ter em conta as outras necessidades que o ente público deve atender.**

Convém transcrever os dados trazidos por Cyrillo e Campino, em trabalho recém-publicado (2010, p. 34-35):

Como evidência negativa, alguns estudos revelam que a maioria dos beneficiários dessas ações são minorias privilegiadas. Lopes, Barberato Filho e Osório de Castro, em estudo acerca das ações contra a Secretaria Estadual de São Paulo (SES) relativas a medicamentos neoplásicos, verificaram que as de origem em serviços privados de saúde representavam mais de 60% do total analisado, para quatro medicamentos dos sete examinados. O estudo encontrou também forte concentração dos prescritores, segundo o medicamento (variando de 10,6% a 38,4%, 2006/2007) e do principal advogado comandando a ação (percentuais entre 9,5 e 70,4). Entre as conclusões desses autores destacam-se a constatação da elevada proporção de ações judiciais contra a SES, em 2006 e 2007, ser

proveniente de serviços privados de saúde (50%), de que muitas ações envolviam medicamentos sem evidências clínicas positivas para o tratamento da doença objeto da ação, o que representou um gasto de R\$ 7 milhões em medicamentos sem evidência científica para o uso solicitado.

Outro estudo, desenvolvido com dados de 2005, da Secretaria Municipal de São Paulo, examinando 170 processos solicitando medicamentos, também identificou elevada proporção de ações conduzidas por representações privadas (54%) e com origem em serviços não conveniados ao SUS (27,5%).

[...] Tal situação ainda era patente, em 2007, quando, por exemplo, a Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo gastou 40% do orçamento do programa de medicamentos excepcionais com apenas 30 mil pacientes por meio de ações judiciais, enquanto o programa todo deveria atender cerca de 400 mil pacientes! O mesmo tipo de distorção foi apontado pelo Secretário de Saúde do Rio Grande do Sul, onde 15% dos pacientes que usavam medicamentos de alto custo, graças a ações judiciais, absorviam cerca de 30% de todo o orçamento da secretaria, e que **muitos pedidos referiam-se a drogas similares em eficácia a outras presentes na lista do Estado, mas com grande diferença de preço**, como no caso de medicamento para hepatite C – o interferon –, que tinha uma diferença de 26 vezes entre os dois similares! (grifei)

Tais dados, no entanto, devem ser sopesados à luz de outros dados constantes do mesmo trabalho, que demonstra claramente a insuficiência dos gastos globais com saúde pública no Brasil (2010, p. 37):

Em termos *per capita*, o gasto público era da ordem de R\$ 543,00 em 2007, segundo dados do IPEA. Uma comparação com outros países, utilizando os dados da Organização Mundial da Saúde, revela que o gasto público em saúde *per capita* do Brasil era, em 2000 e em 2007, inferior à média mundial (US\$ 279 e US\$ 478, respectivamente, muito inferior à média das regiões das Américas (US\$ 829 e US\$ 1374, respectivamente), inferior aos valores da Argentina (US\$ 382 e US\$ 336) e Chile (US\$ 169 e US\$ 361). Era de US\$ 107 e US\$ 252, respectivamente, ligeiramente maior que os valores da Bolívia.

Como se vê, de um lado, os gastos são insuficientes em matéria de saúde, de outro, a utilização de ações individuais por pessoas que certamente não pertencem a classes abastadas, mas normalmente tampouco fazem parte da parcela mais carente da população, pedindo medicamentos específicos mais caros, ao invés de outros com mesmo princípio ativo, tornam ainda mais complexa a administração do sistema. Dois outros problemas são ainda apontados no mesmo trabalho: a) o fato de se pleitearem medicamentos de utilização ainda não aprovada no Brasil (e a lentidão da ANVISA na análise); e b) o fato de o Poder Público não disponibilizar na prática medicamentos cujo fornecimento está previsto nas listas do SUS:

Scheffer et al. (2008) referem que as ações ocorriam pela falta dos medicamentos mais modernos nos postos do SUS ou mesmo nas listas

oficiais do governo. Analisando o tempo envolvido nos processos de incorporação dos antirretrovirais nos Consensos Terapêuticos do Programa Nacional DST/Aids, desde a sua aprovação pelo FDA/USA, os autores encontraram uma média de 20,5 meses, enquanto nos Estados Unidos o período entre a aprovação e a disponibilidade do medicamento no mercado era inferior a cinco meses. (2010, p. 36).

Todo esse contexto deixa clara a conveniência e mesmo a necessidade de que tais questões, quando trazidas ao Judiciário, sejam objeto de ações coletivas, cujos efeitos poderão atingir todos aqueles que se encontram na mesma situação do(s) autor(es), além de se permitir, caso se adotem as medidas defendidas neste trabalho, uma discussão que dê conta da complexidade técnica e orçamentária envolvida no assunto.

No mesmo sentido já escreveu Marcos Maselli Gouvêa, em pioneríssimo trabalho que resultou da publicação de sua dissertação de Mestrado: “A homogeneização do julgamento mostra-se especialmente relevante em sede de direitos prestacionais, onde conceder-se em demasia para uns pode implicar o desamparo dos que não procuraram o Judiciário com tanta presteza.” (2003, p. 331).

Parece perfeitamente possível, porém, que a legislação das ações coletivas venha a prever a possibilidade de conversão de ofício de ações individuais em ações coletivas, de maneira a incluir no espectro de um único processo todos os titulares do direito controvertido naquele processo, extraindo-se, assim, a máxima utilidade possível do exercício da função jurisdicional, uma das diretrizes do projeto do novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010), sem falar na maximização dos já expostos princípios do acesso à justiça, da isonomia e, sem sombra de dúvida, maximização da efetividade do(s) direito(s) material(is) tutelado(s).

Esta possibilidade, a ser exercida pelo juízo competente sempre que verificar que a causa de pedir envolve uma política pública aplicável a um determinado universo de pessoas, implicaria, por evidente, a inclusão no polo passivo do processo de todas as partes que podem ser afetadas pela decisão, bem assim a inclusão, no polo ativo, do Ministério Público e outras entidades legitimadas, estas últimas se tiverem interesse.

Assim, uma das alterações legislativas necessárias nesta matéria é a previsão de que **ações individuais envolvendo políticas públicas deverão, de ofício, ser convertidas em ações civis públicas, trazendo-se ao polo ativo, como litisconsorte necessário do autor, o**



**Ministério Público, e, como litisconsorte facultativo, todas as entidades que disponham de legitimidade, nos termos da Lei 7.347, de 1985.**

A fim de dirimir dúvidas no que toca às consequências da conversão em ação coletiva, entendo que deve-se estabelecer também que as ações individuais posteriormente ajuizadas devem ser extintas sem julgamento do mérito por litispendência, justamente pela impossibilidade de tratamento individualizado da questão, devendo eventuais pedidos de antecipação de tutela ser apreciados na ação coletiva.

De outra parte, **devem ser trazidos, também de ofício, ao polo passivo todos os entes públicos que detenham competência para atuar na matéria** e que já não tenham sido incluídos pelo autor como réu(s) na demanda.

A partir desta medida, deve ser adotado o procedimento que ora se passa a descrever.

## **8.2 A questão da obrigatoriedade X facultatividade: necessidade de uma adequação ao tipo de conflito**

Existe grande polêmica entre os pesquisadores e praticantes em matéria de mediação sobre a possibilidade de tornar o procedimento de mediação obrigatório, como é muito comum, por exemplo, nos programas de mediação judicial nos EUA.

Uma questão a ser tomada em consideração no momento da definição da obrigatoriedade é saber se as partes efetivamente têm conhecimento do que é um procedimento de mediação, como funciona, quais são seus propósitos, etc. Assim, existem programas que preveem a obrigatoriedade de as partes assistirem a uma palestra informativa sobre mediação ou participarem de uma sessão de “pré-mediação” (na qual se explicam os objetivos e métodos do processo) e, em seguida, decidirem sobre a utilização do procedimento.

Note-se que a relevância da familiaridade ou não com a mediação para se decidir ou não pela utilização do procedimento se revela fundamental na escolha dos usuários, como já demonstrado em pesquisa realizada pela OAB/RJ entre advogados e jurisdicionados do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a qual mereceu premiação no âmbito do Prêmio Inovare, em 2009, onde se apresentaram os seguintes resultados:

Dentre os entrevistados, 77% eram advogados e 23% usuários dos serviços do Tribunal. [...] as respostas acerca do conhecimento em mediação no Tribunal de Justiça foram as seguintes: - 43% dos entrevistados no TJ/RJ declaram não conhecer ou ter baixo nível de conhecimento sobre mediação; - 36% dos entrevistados no TJ/RJ declaram conhecer a mediação em nível médio ou alto sem qualquer experiência prática; - 21% dos entrevistados no TJ/RJ declaram conhecer a mediação teoricamente em nível médio ou alto e ter experiência prática em mediação, seja como mediador, parte ou advogado de parte.

Mais uma vez relacionando o conhecimento sobre a mediação de conflitos e a primeira opção de método para resolução de conflitos, tivemos, no TJ/RJ, que: - 47% dos entrevistados que declararam ter conhecimento nulo ou baixo em mediação disseram que optam pelo Judiciário como método primário para resolução de conflitos; - 33% dos entrevistados que declararam ter conhecimento teórico médio ou alto, sem experiência em mediação, disseram que optam pelo Judiciário como método primário para resolução de todo e qualquer conflito; - 18% dos entrevistados que declararam ter conhecimento teórico médio ou alto, com experiência prática em mediação, disseram que optam pelo Judiciário como método primário para resolução de todo e qualquer conflito.<sup>286</sup>

A par da relevância, portanto, da utilização de mecanismos de **disseminação de informações** sobre a mediação, bem assim de **encorajamento à sua utilização** na prática, no que se refere a conflitos entre particulares, solução que, ademais, pode ser a mais adequada a compatibilizar a oferta ainda pequena de serviços de mediação em nosso país, outra há de ser a solução para os **conflitos que envolvem o Poder Público, em especial os de dimensão coletiva**.

O PL 5139, de 2009, que pretendia instituir a nova Lei da Ação Civil Pública (e veio a ser rejeitado ainda na Câmara dos Deputados), disciplinava, em dois momentos distintos (cf. substitutivo de 15.9.2009), a utilização de meios consensuais de resolução de conflitos, *verbis*:

Artigo 19. Não sendo o caso de julgamento antecipado, encerrada a fase postulatória, o juiz **designará** audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores.

§ 1º. O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da ação e tentará a conciliação, sem prejuízo de outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro, **observada a natureza disponível do direito em discussão**.

[...]

<sup>286</sup> Disponível em: <http://www.premioinnovare.com.br>. Acesso em 27.8.2010. O nome da prática é: “Resolução de Conflitos do Século XXI: novas opções através de métodos colaborativos – uma mudança cultural para os operadores do Direito”.

§ 3º. Quando indisponível o bem jurídico coletivo, as partes poderão **ajustar-se** sobre o modo de cumprimento da obrigação ou sobre garantias mínimas em favor da coletividade lesada.

[...]

Artigo 58. **O réu**, a qualquer tempo, **poderá** apresentar em juízo proposta de prevenção ou reparação de danos a direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, consistente em programa extrajudicial.

§ 1º. O programa poderá ser proposto no curso de ação coletiva ou ainda que não haja ação em curso, como forma de resolução consensual de controvérsias.

§ 2º. O programa objetivará a prestação pecuniária ou a obrigação de fazer, mediante o estabelecimento de procedimentos a serem utilizados no atendimento e satisfação dos direitos e interesses referidos no *caput*.

§ 3º. Em se tratando de direitos ou interesses individuais homogêneos, o programa estabelecerá sistema de identificação de seus titulares e, na medida do possível, deverá envolver o maior número de partes interessadas e afetadas pela ação.

§ 4º. O procedimento poderá compreender as diversas modalidades de métodos alternativos de resolução de conflitos, para possibilitar a satisfação dos direitos ou interesses referidos no *caput*, assegurados a neutralidade da condução ou supervisão e **o sigilo**.

Artigo 59. A proposta poderá ser apresentada unilateralmente ou em conjunto com o legitimado ativo se ação houver sido proposta, ou com qualquer legitimado à ação coletiva, na hipótese de inexistência de ação em curso.

Artigo 60. Apresentado o programa, as partes terão o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a negociação, prorrogável por igual período, **se houver consentimento** de ambas. (grifei)

Não obstante os avanços da previsão que constava no projeto de lei referido em relação à sistemática atual, não posso deixar de apontar falhas graves na sistemática do projeto no concernente à facultatividade ou obrigatoriedade da utilização dos meios consensuais (ou mesmo arbitragem):

- a) quando se tratar de direitos disponíveis, ou seja, basicamente, direitos individuais homogêneos, que dizem respeito à esfera individual de cada um dos atingidos e não a toda a coletividade, a tentativa de conciliação é obrigatória, como se depreende da redação do *caput* do artigo 19;
- b) quando, porém, se tratar de direitos indisponíveis, a utilização de meios consensuais é facultativa, como se denota da redação do parágrafo 3º. do mesmo artigo 19, bem assim do *caput* e parágrafos do artigo 58 e do artigo 60.

Ora, o grau de interferência do juízo (ou mesmo do legislador) na determinação de utilização de um meio de solução de controvérsia que interessa a toda uma coletividade de pessoas deveria aumentar em proporção à “indisponibilidade” ou, melhor dizendo, relevância para o interesse público do(s) direito(s) envolvido(s) – exatamente o contrário do que consta na redação do projeto. Quando se trata de conflitos que envolvem políticas públicas, não há que se deixar a decisão acerca da utilização ou não da mediação nas mãos de entes públicos que já estão sendo acusados de arbítrio ou omissão na sua formulação ou execução, nem apenas nas mãos do Ministério Público, que já poderia ter se utilizado, na esfera extrajudicial, de um termo de ajustamento de conduta, mas não quis utilizar este caminho ou não contou com a cooperação do futuro réu neste sentido. Muito menos se deve deixar esta decisão nas mãos do particular acusado de causar dano ou ameaçar um direito de dimensão coletiva.

Existe um **interesse de toda uma coletividade na resolução do conflito da forma mais eficiente, célere e apropriada**, não cabendo opção das partes nesse sentido. Opção havia na esfera extrajudicial – e acordo não houve, daí o recurso ao Poder Judiciário. Havendo recurso ao Judiciário, deve ser adotado o rito determinado por este, em atenção aos interesses da coletividade. Daí não ser o caso de se pensar em facultatividade da utilização da mediação nesta seara, cabendo, sim, a remessa das partes envolvidas (e outras que venham a ser identificadas) para a mediação, a fim de que seja buscada, com a participação de todos os interessados, a solução que melhor resolva o conflito na elaboração ou execução da política pública.

Facultatividade na utilização da conciliação poderia até fazer sentido na ação promovida pelo titular de direito individual homogêneo, que está negociando, por exemplo, com uma empresa envolvida em um acidente ambiental qual o valor da indenização a ser paga por esta pelos danos causados à sua propriedade ou para ressarcir as despesas com tratamento de saúde.

Não faz nenhum sentido, porém, deixar à mercê, principalmente do réu, como se via no artigo 58 do PL, a decisão concernente à utilização de um meio consensual. Chega a ser ingênua a previsão, que supõe que todo réu efetivo ou em potencial, que teve oportunidade de cumprir espontaneamente a legislação, mas não o fez, vai comparecer a juízo para solicitar que este autorize a utilização do meio mais eficaz e célere para a resolução do conflito... Ora,

para negociar com os interessados, o Poder Público ou um ente privado envolvido na lesão ou ameaça a direito de dimensão coletiva não precisa de autorização judicial!

Embora a previsão seja absolutamente elogiável quanto ao seu conteúdo, a forma prevista na redação do projeto de lei rejeitado para que fosse iniciado o procedimento poderia fazer com que ela caísse inteiramente no vazio, principalmente se levarmos em conta a ausência de tradição da utilização do instituto no Brasil.

### **8.3 A forma de designação do mediador**

O mediador, indubitavelmente, há de ser alguém que tenha credibilidade junto a todas as partes envolvidas no conflito. Todas elas, portanto, devem ter a oportunidade de opinar a respeito, ainda que mediante a nomeação preliminar de um ou mais nomes pelo juízo para consulta às partes.

Muito embora este caminho possa levar mais tempo e exigir alguns passos adicionais na etapa preliminar, sem dúvida economiza tempo e energia no desenvolvimento dos trabalhos de mediação propriamente ditos.

Naturalmente, o juiz competente para a causa há de ter a palavra final, devendo dar peso, em especial, a eventuais alegações de conflitos de interesses, ouvindo-se também o(s) mediador(es) inicialmente apresentado(s) para manifestação das partes.

Note-se que, requerendo o procedimento de mediação uma etapa preparatória, onde se define quem serão os participantes das sessões, bem como se estabelece a agenda e se delimita o escopo dos trabalhos – fase em que o(s) mediador(es) deverá(ão) se reunir em separado com cada uma das partes –, o juiz pode optar pela nomeação definitiva do(s) mediador(es) apenas no encerramento desta fase preparatória, momento no qual cada uma das partes terá melhores condições de opinar sobre a qualificação da(s) pessoa(s) nomeada(s) preliminarmente.

É evidente que a grande dificuldade inicial neste aspecto, no Brasil, caso venha efetivamente a ocorrer a operacionalização da mediação de conflitos envolvendo políticas públicas, será a disponibilidade de mediadores capacitados neste tipo de conflito.

A contribuição da comunidade acadêmica ou outras instituições independentes, sem fins lucrativos, neste aspecto há de ser essencial, mediante a oferta de cursos especializados.

Outrossim, a experiência norte-americana revela grande utilidade na instituição, seja pelo Poder Judiciário, seja por entes públicos que utilizem a mediação na esfera administrativa, de um cadastro prévio ou rol de mediadores capacitados, que preencham requisitos de qualificação técnica e experiência reputados necessários para o desempenho da função, e ao qual podem recorrer as partes em conflito em caso de necessidade.

No Brasil, um rol como estes também poderia ser criado ou administrado pelo Judiciário ou pelo Ministério Público (instituição que, nos EUA, integra a mesma estrutura que a Advocacia Pública), dada sua vocação permanente de defesa dos interesses da sociedade e sua independência em face dos poderes constituídos, eventualmente com a colaboração de órgãos da Advocacia de Estado e sobretudo de instituições acadêmicas.

#### **8.4 A questão da confidencialidade**

Muito embora o principal aspecto da confidencialidade diga respeito às comunicações privadas entre mediador e partes, a experiência norte-americana demonstra que existem muitos outros aspectos relevantes sobre a confidencialidade e que demandam adequada ponderação ao se estruturar processos de mediação, seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial.

Diversos autores americanos, entre os quais destaco um trabalho publicado por Judith Resnik (2006), já salientaram o fato de que a confidencialidade na mediação, mesmo em processos envolvendo apenas entes privados, mas com potencialidade de repetição (demandas envolvendo direitos ambientais ou de consumidores, por exemplo), representa uma séria ameaça aos pilares do Estado Democrático de Direito, em termos de controle e transparência na aplicação do direito <sup>287</sup>.

É importante destacar que, no direito americano, em que os Estados têm competência para legislar em matéria de Direito Processual, existe grande diversidade no assunto (não obstante os esforços na adoção de uma Lei Uniforme de Mediação disciplinando justamente a questão da confidencialidade – e que somente foi adotada por uma minoria de Estados), de modo que, conjugando-se a diversidade de normas e a diversidade de entendimentos

---

<sup>287</sup> Um outro trabalho que também merece referência é o seguinte: BRENOWITZ, Stephanie. Deadly secrecy: the erosion of public information under private justice. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**. Vol. 19, n. 679, 2004.

jurisprudenciais, ocorrem as mais distintas situações no que diz respeito à confidencialidade: a) a situação extrema é a relatada por Brenowitz (2004, p. 6), em que a própria existência do conflito não recebe publicidade, como se dá nos processos alternativos realizados extrajudicialmente – essa situação, contudo, pode revelar simplesmente o cumprimento espontâneo de norma jurídica por parte de seu violador, tornando desnecessário o ajuizamento de ação; b) outra situação, esta sim, bastante comum, inclusive nos programas já existentes no Brasil, é aquela em que o acordo firmado entre as partes não passa a integrar os autos, o que pode ocorrer, muitas vezes, em conflitos cíveis que independem de homologação – fator que não apenas impede a publicidade, mas dificulta a execução do acordo pela parte interessada em caso de descumprimento; c) outra situação também bastante comum diz respeito à confidencialidade de toda a produção probatória eventualmente realizada para discutir os parâmetros do acordo – esta normalmente tampouco vai para os autos, o que inviabiliza sua utilização em processos semelhantes, o que reduziria custos e facilitaria a tutela de direitos em conflitos de dimensão coletiva (direitos difusos, coletivos *stritu sensu* e individuais homogêneos); d) confidencialidade das sessões de mediação propriamente ditas, mesmo que não estejam envolvidos segredos industriais, comerciais, financeiros ou de Estado, ou ainda questões que dizem respeito à esfera de intimidade das partes (como é a regra em conflitos na área de família); e) confidencialidade das comunicações privadas entre mediador e partes, ressalvadas exceções legalmente previstas.

Ora, se ainda haveria margem para alguma discussão quanto à abrangência da confidencialidade nos conflitos de dimensão unicamente individual, quais sejam, aqueles que nem envolvem entes públicos, nem envolvem direitos de dimensão coletiva, parece evidente que, nos conflitos objeto de abordagem neste trabalho, quais sejam, aqueles que envolvem entes públicos, seja como partes, seja como reguladores, é inadmissível, como regra, pensar em confidencialidade quanto a: a) termos do acordo; b) provas e estudos técnicos produzidos durante o procedimento de mediação; c) sessões deliberativas conjuntas, reunindo todas as partes no conflito, a fim de discutir propostas de solução, informações levantadas ou firmar o acordo final.

Neste tipo de conflito, a confidencialidade somente pode ser exceção, sendo a publicidade a regra, seja por razões de isonomia (não se admite que o Estado venha a adotar critérios diferenciados para a celebração de acordos, que não tenham apoio claro na ordem jurídica), seja por razões de incremento no acesso à justiça (as provas e estudos técnicos

podem e devem ser utilizados em processos semelhantes, reduzindo os custos e facilitando a tutela de direitos), seja por razões de transparência na gestão dos negócios públicos, já que existem, sempre e necessariamente, recursos públicos em jogo. Todos os acordos devem ser homologados em juízo, sendo que aqueles celebrados na esfera administrativa sujeitam-se, como todo e qualquer ato administrativo, ao controle judicial.

As exceções à confidencialidade somente se justificam, assim, quanto a documentos, sessões de mediação ou comunicações privadas entre mediadores e uma ou mais partes que envolvam: a) questões de intimidade das partes (situações singulares e que se verificam na esfera familiar, por exemplo); b) questões que envolvam segredo comercial, industrial ou informações sobre a situação financeira de uma ou mais partes privadas; c) questões que envolvem informações de Estado, que já não seriam acessíveis ao público em geral de qualquer outra forma.

Note-se que estas exceções são as mesmas que justificam, no Brasil, que um processo tramite em segredo de justiça, bem assim são as mesmas admitidas pelo “Freedom of Information Act” americano, que dispõe sobre o direito de acesso às informações em poder de órgãos públicos, como nos dá notícia Jonathan Mester (1997), em trabalho no qual ele critica a lei federal de 1996 (ainda em vigor) nos EUA sobre Resolução Alternativa de Conflitos no âmbito de órgãos públicos, que estendeu a confidencialidade a **todas** as comunicações entre o mediador ou árbitro e uma das partes. Registre-se que o autor relata que a justificativa para a nova regra, à época, foi a alegação de gestores de órgãos públicos federais de que a ausência de confidencialidade nas comunicações com os mediadores inibiria o uso da mediação por órgãos públicos. Entretanto, conforme se pode verificar no relatório elaborado pelo Ministério da Justiça americano onze anos depois, a utilização da mediação ainda é bastante tímida nas agências federais, deixando claro que há vários outros fatores mais complexos envolvidos.

Esta interpretação, conforme se verifica da diretriz publicada pelo Departamento de Justiça no jornal oficial do governo federal americano (Federal Register) em 29 de dezembro de 2000 <sup>288</sup>, não foi a que prevaleceu. Com base na lei de 1996, ficou definido, no âmbito federal naquele país, que a publicidade somente abrange o acordo pelo qual se estipula a mediação e o acordo dela resultante, sendo confidenciais todas as demais “comunicações”

---

<sup>288</sup> Vol. 65, No. 251.



(termo que parece abranger documentos técnicos produzidos durante a mediação), exceto quando houver disposição normativa em contrário ou ordem judicial para revelar o conteúdo da comunicação, ordem que somente pode ser proferida nas seguintes situações: a) para evitar uma grave injustiça; b) para provar uma violação de regra jurídica; c) para evitar dano à saúde ou segurança pública, de magnitude suficiente que supere os danos que serão causados à integridade do processo de resolução de disputas, ao reduzir a confiança das partes em casos futuros de que suas comunicações permanecerão confidenciais.

Merecem comentário, por fim, os critérios que foram inicialmente delineados pela doutrina e jurisprudência nos EUA em processos envolvendo conflitos de dimensão pública, a fim de solucionar situações em que se buscou a quebra da confidencialidade. Ainda antes de existir legislação clara a respeito, os primeiros casos chegaram ao Judiciário, ambos envolvendo mediação de conflitos ambientais, como noticia Karen Liepmann (1986-1984), sendo que um dos primeiros casos (*Richards of Rockford, Inc. v. Pacific Gas & Electric Co.*), foi decidido, em 1976, com base na proposta doutrinária de realizar um “teste de ponderação”, utilizando-se quatro critérios: a) analisar a natureza do processo judicial onde se pretende ver utilizada a informação protegida pela confidencialidade, a fim de verificar se são interesses públicos ou privados que estão em jogo; b) verificar se o depoente era ou não parte no procedimento de mediação onde se pretendia ver quebrada a confidencialidade, a fim de verificar se o depoente estaria revelando interesses próprios ou de terceiros que nele confiaram; c) verificar se a informação que se pretende obter mediante quebra da confidencialidade poderia ser obtida de outra forma ou se aquele depoimento era a única fonte disponível para obtê-la; d) verificar se a informação era absolutamente necessária para resolver o conflito onde se pretende utilizá-la. No caso em tela, de acordo com os quatro critérios, a corte decidiu que não era o caso de quebra da confidencialidade. A mesma ponderação foi realizada, três anos depois, no caso *Adler v. Adams*, no Estado de Washington, com idêntico resultado.

Liepmann (1986-1984), entretanto, entende que a definição da confidencialidade deveria se basear em garantias procedimentais e não em fatores imponderáveis no momento da mediação. Assim, ela defende a adoção do teste proposto por Wigmore (1972), também baseado em quatro critérios que, se presentes, garantem a preservação da confidencialidade: a) as comunicações devem ter sido realizadas na confiança de que permaneceriam confidenciais; b) a manutenção da confidencialidade deve ser essencial para uma relação

satisfatória de confiança entre as partes; c) deve haver um interesse coletivo na preservação dessa relação; d) o dano que decorreria da revelação da informação deve ser maior que o benefício oriundo da manutenção da confidencialidade que caracteriza a mediação. Se é verdadeiro que o primeiro critério se baseia numa questão procedimental, parece evidente que os três últimos se fundam, ao contrário, num cotejo entre os valores protegidos com a manutenção da confidencialidade (vista nos EUA como essencial para a utilização da mediação) e outros valores jurídicos que estejam em jogo com a busca da informação.

Não parece haver, assim, diferença essencial entre os critérios propostos pelos dois testes, os quais, em suma, perquirem: a) quais os direitos e valores sociais que estão em jogo no conflito entre confidencialidade e revelação da informação; b) se existe outra forma de obter a informação que não a quebra da confidencialidade relativa às comunicações realizadas durante o procedimento de mediação.

Assim, no direito americano, a confidencialidade é a regra e a publicidade é que precisa ser justificada. No direito brasileiro, no que pertine a conflitos que envolvem entes públicos, entendo que a publicidade deve ser a regra e a confidencialidade deve ser devidamente justificada. Somente assim, como irei tratar mais adiante, será possível construir critérios objetivos e isonômicos para a celebração de acordos, em consonância com o Estado Democrático de Direito em que vivemos.

O que não fica claro, porém, em nenhum momento, é por que razão se entende, nos EUA, que a confidencialidade é tão essencial para a manutenção de discussões francas no curso dos procedimentos de mediação. Na diretriz emanada do Departamento de Justiça, acima referida, consta: “A promessa de confidencialidade permite às partes falar claramente sem receio de que declarações feitas durante um procedimento de Resolução Alternativa de Disputas serão usadas contra elas posteriormente.” A questão merece maior reflexão.

Consideremos a situação em que o “dogma da confidencialidade” é mais arraigado, qual seja, a das comunicações privadas entre uma das partes e o mediador, num conflito privado, em que, via de regra, não existe informação cuja revelação seja obrigatória. Se a informação revelada pela parte protege um interesse legítimo seu, que seja relevante para a solução do conflito, e que não ameace interesse da outra parte, é de toda conveniência para a parte revelá-la durante os procedimentos de mediação, sendo papel do mediador mostrar isso a ela. Se ela não desejar, porém, o mediador, em respeito à autonomia das partes, que norteia

o processo de mediação, não deverá revelá-la – o único risco é essa estratégia dificultar a celebração do acordo, mas não existe, em conflitos privados, nenhum dever para as partes de celebrarem acordos, apenas é seu interesse que isso ocorra.

Se a informação, porém, se relaciona a um interesse ilegítimo da parte, muito provavelmente, ela não irá revelá-lo ao mediador, bem como, se esse interesse for relevante o suficiente para inviabilizar eventual acordo, ela não o celebrará. Quando se tratar de conflito privado, muitas vezes, a parte poderá mesmo se recusar a participar da mediação.

Se se tratar de uma informação cuja revelação a deixaria (ou ela pensa que deixaria) em situação de demasiada fragilidade, mas não revela qualquer interesse escuso e sim situações em que cabe a proteção da privacidade, cabe ao mediador manter a informação confidencial, já que é também dever do mediador zelar para que seja mantido o equilíbrio nas relações de poder entre as partes, como já visto no capítulo 3.

Vejamos, porém, a situação dos entes públicos como partes. Mesmo nos EUA, a legislação é bastante clara ao dispor que a proteção da confidencialidade nos procedimentos de mediação “não impedirá a descoberta ou admissibilidade de qualquer prova que poderia ser descoberta de outra forma”<sup>289</sup>. Vale dizer, quando se tratar de informação de interesse público, que a parte privada (ou o público em geral, quando for o caso) teria legitimidade para requerer de outra maneira, não é o fato de ela ter vindo à luz numa sessão privada entre o mediador e o ente público que a tornará protegida por confidencialidade. Como apontam os autores americanos que criticam a abrangência que veio a ser dada à confidencialidade no âmbito dos conflitos envolvendo entes públicos, a mediação não foi criada para funcionar como instrumento para esconder do público informações que sejam de seu legítimo interesse.

Questão mais complexa adviria, por certo, da situação em que a própria existência do documento não seja conhecida da outra parte – em se tratando, porém, de informações de interesse público e inexistindo razões de Estado que justifiquem o sigilo, cabe, sim, ao mediador revelar a sua existência, justamente para gerar um acordo com o maior embasamento fático e técnico possível. Esta revelação, ademais, pode ser uma obrigação em razão da natureza de ordem pública da informação. Na mediação de conflitos em matéria tributária, por exemplo, nos EUA, o dever de revelar informações que importem em violação

---

<sup>289</sup> Legislação federal sobre Resolução Alternativa de Disputas no âmbito do Poder Público. Tradução desta autora.

da lei, imposto pelo artigo 7214(a)(8) do “Internal Revenue Code” a todos os funcionários do órgão fazendário, não é afastado quando estes atuem como mediadores (MAS, 2003, p. 614).

Se o documento eventualmente contém algum equívoco, o fato de trazê-lo ao escrutínio da(s) outra(s) parte(s) permitirá justamente o seu devido aprimoramento, bem assim o aproveitamento das informações e opiniões consistentes, não se justificando de forma alguma a manutenção do sigilo.

O fato é que a manutenção da confidencialidade nos conflitos que envolvem interesses públicos é uma simples decorrência de uma transposição irrefletida de um modelo de solução de conflitos surgido e desenvolvido no âmbito dos conflitos privados, nos quais a proteção da intimidade e da vida privada faz todo sentido, para a esfera dos conflitos envolvendo o Poder Público, na qual a confidencialidade não faz nenhum sentido e, inclusive, afronta os princípios que regem a Administração Pública brasileira e o Estado Democrático de Direito.

Neste compasso, não fazia sentido a redação do PL 5139, de 2009, que, como visto no item 8.2, contemplava previsão de confidencialidade no artigo 58, § 4º., quando forem utilizados meios alternativos de resolução de conflitos nas ações coletivas (ou previamente a estas), sem fazer qualquer ressalva para os conflitos envolvendo o Poder Público. Ademais, esta confidencialidade, a meu ver, não faz tampouco sentido mesmo em relação aos direitos individuais homogêneos nos quais inexistente ente público envolvido, pois, nestes conflitos, deve ser garantida ampla possibilidade de fiscalização aos interessados, reais titulares do direito, seja quanto às informações obtidas e debatidas na negociação, seja quanto aos critérios para formulação do acordo.

## **8.5 Quem deve participar da mediação**

Em processos nos quais se discutem problemas relacionados ao conteúdo e execução de políticas públicas, parece fundamental incluir na mediação, que tem por objetivo construir um acordo fundamentado na proteção de todos os interesses legítimos envolvidos, com respeito à ordem jurídica e cuja implementação seja viável: a) o Ministério Público, como autêntico representante da coletividade; b) a Defensoria Pública, como representante das pessoas carentes, cujos interesses são prioritários em matéria de políticas públicas; c) todos os entes, na esfera do Poder Executivo, que detenham competência para atuar na matéria,

incluindo-se notadamente agentes públicos com competência técnica na matéria, além de advogados públicos de cada ente; d) representantes do Poder Legislativo, tendo em vista possíveis repercussões orçamentárias e eventuais necessidades de alterações normativas, inclusive em razão de possíveis inconstitucionalidades por ação ou por omissão; e) entidades representativas de setores afetados pelas políticas públicas; f) representantes de titulares de direitos individuais homogêneos envolvidos no conflito; g) entes privados que tenham responsabilidades relacionadas ao conflito; h) instituições acadêmicas e de pesquisa que detenham notórios conhecimentos sobre a matéria envolvida no litígio.

São pertinentes neste particular as observações de Alexandre Gavronski, em sua dissertação de Mestrado sobre as técnicas extraprocessuais de tutela coletiva:

A abertura à participação, por seu turno, tem-se mostrado mais que uma mera retórica constitucional e vem ganhando aceitação crescente na democracia brasileira, como visto quando referidos os aspectos positivos da inserção do Brasil na modernidade. São, de fato, evidentes as vantagens da participação, especialmente quando se estende para além dos legitimados e inclui também os diretamente atingidos ou interessados na implementação dos direitos ou interesses, visto que nesses casos se permite uma ainda melhor adequação da política pública às reais necessidades daqueles a quem ela se destina. (2010, p. 256).

Passo a fundamentar a participação de cada um dos referidos grupos ou entes no processo, não sem antes referir que o PL 5139, de 2009, que pretendia criar a nova Lei da Ação Civil Pública, dispunha, em seu artigo 22 (substitutivo de 15.9.2009):

Em qualquer tempo e grau do procedimento, o juiz ou tribunal poderá submeter a questão objeto da ação coletiva a audiências públicas, ouvindo especialistas no assunto e membros da sociedade, de modo a garantir a mais ampla participação social possível e a adequada cognição judicial.

### **8.5.1 Ministério Público**

Em conflitos que envolvem políticas públicas, ninguém melhor para participar do debate e deliberar a respeito de uma solução do que o Ministério Público, em razão de sua missão institucional, atribuída pelos artigos 127 e 129 da Constituição Federal, para representar e defender os interesses da coletividade.

Os processos judiciais que tenham por objeto tais matérias não podem levar em conta apenas os interesses das partes imediatamente envolvidas, mas sim os interesses de todos que

estejam na posição de serem afetados pela política pública ausente ou questionada em juízo, justamente por conta do princípio da isonomia.

Ademais, tendo em vista que os acordos que venham eventualmente a ser celebrados deverão, como todo e qualquer acordo envolvendo ente público, respeitar os parâmetros e limites legais existentes acerca do tema, também neste sentido a atuação do Ministério Público se revela de grande valia.

Imprescindível, pois, a atuação diligente do *parquet*, tal como já está previsto, ademais, tanto na legislação vigente (artigo 5º, § 1º, da Lei 7.347), quanto no PL 5139, de 2009 (artigo 6º, § 2º), que veio a ser rejeitado em 2010, porém por outros fundamentos.

### 8.5.2 Defensoria Pública

Não é necessária muita argumentação para se demonstrar que, sempre que se fala em conflito que envolve políticas públicas, seja na esfera ambiental, seja no que concerne à geração de emprego e renda, seja sobretudo no que tange à prestação de serviços públicos com qualidade satisfatória, a parcela da sociedade mais dependente da adequada implementação de tais políticas é justamente a dos hipossuficientes economicamente, ou seja, os destinatários dos serviços da Defensoria Pública, tal como previsto no artigo 134 da Constituição Federal.

Não foi por outra razão que a Lei 11.448, de 2007, incluiu, finalmente, a Defensoria Pública entre os legitimados para ajuizar ação civil pública, acrescentando-a assim ao rol previsto no artigo 5º. da Lei da Ação Civil Pública.

Ademais, a representação dos interesses da parcela mais carente da população deve ser tida por indispensável em processos que envolvam **políticas públicas** também por conta do **princípio da isonomia em sua feição material**, pois se trata de instrumento imprescindível para a realização da igualdade de oportunidades, a qual é buscada justamente através da **atuação do Estado com vistas à redução das desigualdades sociais** (tal como preconiza o artigo 3º. da Constituição Federal).

Não por outro motivo, o PL 5139, de 2009, já referido, previa, em seu artigo 13, a obrigatoriedade de intimação pessoal da Defensoria Pública, “quando for o caso” – leia-se, quando estiverem envolvidos interesses de pessoas carentes.

### 8.5.3 Advocacia Pública

Os órgãos da Advocacia Pública, como se sabe, além de exercerem a representação judicial de entes públicos, desempenham também a relevantíssima função de consultoria jurídica junto a esses entes, orientando suas ações para que os ditames estabelecidos pela ordem jurídica sejam respeitados, seja na prática de atos administrativos, seja na celebração de contratos administrativos, seja ainda na elaboração de regulamentos administrativos.

Tais órgãos de consultoria, portanto, acabam se especializando em grande medida na legislação pertinente à sua área de atuação, de maneira que sua atuação junto aos entes do Poder Executivo, quando se discutem em juízo políticas públicas da competência de tais entes, sem dúvida, pode contribuir sobremaneira para se identificarem os parâmetros e eventuais limitações legais que se aplicam à matéria.

Ressalte-se, uma vez mais, que, no mais das vezes, tais ações envolvem questões de grande complexidade jurídica, nas quais se pode mesmo verificar conflito de interesses entre diferentes órgãos do Poder Executivo ou entre órgãos de diferentes esferas da Federação. O conhecimento que os advogados encarregados da consultoria jurídica a estes entes detenham sobre a legislação específica pode ser, assim, de grande utilidade na resolução dos conflitos postos em juízo em matéria de políticas públicas.

### 8.5.4 Poder Executivo

Não obstante a relevância dos parâmetros legais que delimitam a matéria debatida num processo judicial que envolve políticas públicas, é certo que as normas jurídicas, por si só, não fornecem a solução imediata para o problema. A contribuição de conhecimentos técnicos provenientes de outras áreas científicas, a fim de identificar, com razoável grau de precisão, qual(is) o(s) instrumento(s) mais eficaz(es) para lidar com a necessidade que a política pública visa atender é, certamente, indispensável.

Muitas vezes, a resolução do conflito começa justamente pela **identificação da solução técnica** aplicável, assim como passa necessariamente pelo **diagnóstico da extensão do problema**. Para dar um exemplo em tema de política pública que corriqueiramente tem chegado ao Judiciário, se estivermos tratando de uma doença grave para a qual o autor pleiteia

determinado medicamento, em primeiro lugar, é preciso identificar, com grau de certeza razoável, qual o tratamento ou medicamento mais eficaz e econômico disponível para a busca da cura. Em segundo lugar, é preciso identificar (e ninguém melhor do que o Poder Executivo, sobre o qual recaem estes pleitos) qual o número de pessoas nesta situação, ou seja, que necessitam do tratamento ou do medicamento.

A partir daí, e sempre tendo em conta as peculiaridades do caso – no exemplo dado (doença grave), eventualmente pode ser cabível uma tutela de urgência – se deverá partir para uma terceira fase, que é a **mensuração dos custos para a solução do problema**, para a qual a participação dos órgãos competentes para atuar na matéria também é imprescindível, já que contam com experiência no assunto.

Por fim, caberá identificar os **recursos financeiros disponíveis**, à luz da legislação orçamentária vigente, sendo possível e até provável, quanto maior o custo envolvido, que seja necessário remanejar verbas dentro do orçamento, à luz de uma ponderação quanto à fundamentalidade (do ponto de vista jurídico) de cada uma das despesas. Pode ser mesmo possível que se verifique que este remanejamento é impossível, pois, em razão da fundamentalidade de todas as demais despesas, não é possível transpor verbas em valores suficientes, razão pela qual seria necessário dispor de novos fundos. Ninguém melhor que o Executivo, como gestor do orçamento, para fornecer estas informações ao juízo e a todos os participantes na construção de uma solução apropriada para o conflito.

### 8.5.5 Poder Legislativo

Da mesma maneira que, no curso de um processo judicial envolvendo a formulação ou execução de uma política pública, o aprofundamento da discussão de soluções para o problema pode levar à conclusão de que existe necessidade de criação de novas receitas orçamentárias para aplicar o instrumento técnico eficiente, é possível que seja identificado também algum outro obstáculo jurídico de nível legal (não apenas regulamentar), que somente poderia ser superado mediante alteração legislativa. Não se trata aqui de normas constitucionais ou normas que estipulam direitos e deveres para os cidadãos ou mesmo diretrizes políticas, mas sim de normas de cunho instrumental que estipulam procedimentos e competências no âmbito de órgãos públicos, e cuja existência só se justifica na medida em funcionem para melhor aparelhar o Poder Público para atender aos interesses da coletividade.



Nas duas hipóteses, cuja probabilidade de ocorrência não é de modo algum remota quando se trata de políticas públicas envolvendo direitos prestacionais, por exemplo, revela-se imprescindível a participação do Poder Legislativo na implementação da solução para o problema.

Além disso, como se sabe, cabe ao Legislativo fiscalizar a atuação do Executivo sob o ponto de vista da legalidade e da economicidade de suas ações, entre outros aspectos. Daí ser absolutamente imprescindível que, quando estiver sendo discutida em juízo a formulação ou implementação de uma política pública, seja garantida a participação de representantes do Legislativo na mediação.

Parece evidente que, via de regra, não é possível nem conveniente trazer ao processo todos os integrantes do corpo legislativo competente para legislar sobre a matéria. Parece perfeitamente adequado e viável, porém, trazer um representante da Mesa (que é o órgão encarregado de definir a pauta de votações) e um representante de cada Comissão por onde teria que passar um projeto de lei sobre a matéria. Tais representantes devem atuar como elo entre os participantes da mediação, o juízo e os órgãos que eles integram.

Nem se alegue que existiria aí uma suposta violação à separação de poderes, pois o artigo 2º. da Constituição Federal preconiza uma atuação harmônica entre eles. Ademais, a ordem normativa constitucional consagra de forma muito clara a previsão de que o Judiciário exerça o controle de constitucionalidade da atuação do Poder Legislativo, seja por ação, seja por omissão.

Voltarei ao tema das possíveis interações entre o conteúdo do acordo obtido em juízo (ou decisão, caso não se alcance o acordo) e as competências do Poder Legislativo no item 8.9.

#### **8.5.6 Entidades representativas**

Parece fundamental, por fim, que, num paradigma democrático, ao lidar-se com questões de alta complexidade técnica, jurídica e política, que se possibilite a participação, num processo de mediação, de entidades não-governamentais que atuem em matéria atinente ao conflito.

Duas diretrizes, porém, devem ser tidas em conta a respeito:

- a) ao contrário de órgãos públicos, como os acima já delimitados, cuja participação é imprescindível no processo por deterem competência legal para regular ou atuar na matéria, a participação de entidades não-governamentais que não sejam partes no processo, a par de altamente salutar e desejável, não deve, evidentemente, ser obrigatória, devendo, porém, haver o convite específico, a fim de que tenham ciência da tramitação do processo e da oportunidade de participar e contribuir no alcance de uma solução;
- b) caso exista um número significativo de entidades, o juízo pode definir que estas escolham, com a ajuda do mediador, uma ou algumas para representar o conjunto, a fim de não elastecer em demasia o tamanho do grupo presente à mesa de negociação, o que poderia dificultar o progresso das discussões.

Tomadas estas cautelas, a participação de tais entidades, sem sombra de dúvida, pode contribuir em muito na construção da solução para o conflito, eis que elas podem dispor de: a) estudos técnicos relevantes para compartilhar com o grupo; b) especialistas no assunto cujas opiniões podem trazer luz à construção da solução; c) contatos com a sociedade civil que possibilitem um conhecimento mais direto do que pensam as pessoas interessadas a respeito; d) capacidade de contribuir com a implementação da solução que venha a ser consensualmente acordada, seja monitorando o cumprimento do acordo, seja fornecendo novas informações relevantes, seja envolvendo diretamente a população interessada.

#### **8.5.7 Grupos não organizados de titulares de direitos individuais homogêneos**

Além da participação de entidades da sociedade civil organizada, é bem possível que existam interesses de pessoas que não estão filiadas a nenhuma entidade e que serão afetadas pela decisão ou acordo a ser firmado no processo.

Nesta hipótese, cabe ao mediador diligenciar, com a colaboração das partes, para identificar tais pessoas e informar ao juízo, a fim de que sejam notificadas da existência do procedimento de mediação, de modo que estas possam, se assim entenderem conveniente, com auxílio do mediador, indicar um representante para participar do processo e defender seus interesses no diálogo coletivo, reportando a elas as propostas de solução, de forma a garantir sua concordância com a solução ao final obtida.

Esta participação, naturalmente, não deve retirar a possibilidade de que cada uma dessas pessoas, se assim entender conveniente, decida excluir-se do acordo firmado e pleitear o direito individualmente em juízo.

A exigência de notificação dos titulares de direitos individuais homogêneos, bem como a possibilidade de que estes venham a excluir-se dos efeitos do processo coletivo (porém apenas até a sentença) vinha prevista, aliás, no artigo 13 do PL 5139, ressaltando-se, todavia, que esta foi uma das razões que levou o relator a opinar pela sua rejeição.

#### **8.5.8 Entes privados que tenham responsabilidade e/ou interesses envolvidos no conflito**

Em determinadas situações, será possível verificar que determinados entes privados, notadamente prestadores de serviços públicos (como ocorre na área de saúde e educação, entre outras), ou ainda entes que, em sua atuação, vieram a causar um dano coletivo, de natureza ambiental, a consumidores ou de outra natureza, têm grande interesse ou responsabilidade na solução da controvérsia.

Normalmente, tais entes já estarão no polo passivo da relação processual. Porém, se ainda não forem partes no processo, nele deverão ser incluídos, dado que sua participação é indispensável na efetivação da solução do problema.

#### **8.5.9 Instituições acadêmicas e de pesquisa**

Cabe referir, ainda, já entrando na temática que vai ser explorada no item seguinte, a importância da participação de instituições acadêmicas ou apenas de pesquisa que atuem na matéria atinente à política pública debatida em juízo.

A complexidade técnica envolvida neste tipo de conflito, como se sabe, é uma constante, sendo que, lamentavelmente, nem sempre o Poder Executivo detém os mais atualizados conhecimentos especializados na área.

Além disso, e também lamentavelmente, é bem pouco comum, em nosso país, que ocorra uma interação constante entre a produção de conhecimento de ponta em universidades ou institutos de pesquisa e as necessidades de conhecimento especializado que se verificam no setor público.

Essa interação, todavia, pode e deve ser possibilitada em processos de mediação envolvendo políticas públicas (da mesma forma que o pode em outros fóruns, por evidente). As instituições que detenham especialistas com notório potencial de contribuir para a identificação da solução técnica do problema devem ser convidadas a participar do processo, sendo que todas as partes, juntamente com o mediador, podem trabalhar em conjunto para identificar quais são estas instituições e especialistas, cuja participação, evidentemente, há de ser voluntária (no sentido de serem incluídas no processo apenas se com isto concordarem), mas pode depender de remuneração, conforme o caso, se o volume de trabalho envolvido demandar uma dedicação especial das pessoas designadas para contribuir no processo – a menos que sua atuação se dê no seio de instituições públicas cuja missão institucional envolva a realização deste tipo de estudo.

Sua participação, portanto, não se dá na condição de partes presentes à mesa negociadora, cujo consentimento seja essencial para o acordo buscado, mas sim como auxiliares técnicos das partes em conflito, cuja opinião há de ter um peso fundamental na decisão destas sobre a adequação técnica da solução para o problema.

Este papel, eventualmente, também pode ser desempenhado por órgãos públicos que detenham conhecimento altamente especializado sobre determinado assunto, desde que assim sejam aceitos por todas as partes envolvidas no conflito.

#### **8.5.10 A questão das divergências intra-grupos**

É importante discorrer ainda sobre como solucionar divergências que possam surgir dentro de cada grupo que esteja participando de uma mediação coletiva. Este fenômeno é sempre uma possibilidade no seio de grandes organizações, públicas ou não, bem como demonstra especial relevância no caso de grupos não-organizados.

A divergência pode existir, inclusive, na própria seleção de quem representará o grupo. Christopher Moore aponta o caminho para resolver esta situação:

No momento em que um mediador é solicitado a atuar em determinado conflito, as partes normalmente já formaram suas próprias equipes de negociação. O mediador deve então trabalhar com as pessoas escolhidas pelas partes. Ocasionalmente, contudo, um mediador pode adentrar num conflito antes que tenha ocorrido a formação da equipe negociadora, tal como quando um procedimento para resolver um conflito coletivo está sendo desenvolvido ou quando uma equipe para resolver um problema

organizacional está sendo montada. Neste caso, o mediador pode ajudar de forma significativa as partes a formarem equipes de negociação efetivas. Muito embora o mediador não possa e não deva escolher os membros das equipes de negociação, ele ou ela pode sugerir critérios para seleção. Um membro da equipe deve compreender as várias questões envolvidas na disputa, ser capaz de identificar e articular os seus próprios interesses com os de outros membros da equipe, e também representar adequadamente os interesses e preocupações do grupo representado, quando for o caso. [...] Habilidade de se relacionar, credibilidade e capacidade de lidar com pessoas que compõem a equipe adversa também são possíveis critérios. [...] Mediadores podem sugerir o número apropriado de membros para participar do processo de resolução da controvérsia, o tipo de especialidade técnica que seria benéfico, e um processo decisório para escolher os membros da equipe. (2003, p. 428 – tradução desta autora).

Da mesma forma, ao analisar a relação dos negociadores com os grupos que eles representam, Moore demonstra como o mediador também pode ser útil neste relacionamento entre representante e representados, notadamente quando o representante nas negociações não possui poder para firmar o acordo em nome do grupo ou ente representado <sup>290</sup>. Para ele, a “falta de um procedimento pré-definido para aprovação do acordo pelo grupo representado pode acabar em desastre.” E prossegue: “Este problema é frequente entre grupos de interesse público, quando eles não possuem meios institucionais para ratificar acordos negociados ou quando a ratificação não vincula todos os membros do grupo ao acordo.” (2003, p. 439).

Moore identifica, assim, cinco formas pelas quais o(s) mediador(es) pode(m) contribuir para a solução deste tipo de problema (2003, p. 439-441):

Primeiro, mediadores podem ajudar as equipes de negociação a identificar e organizar os indivíduos ou entes representados. Eles podem ajudar as equipes a definir perante quem elas são responsáveis e quem deverá ser envolvido ao final no processo de ratificação do acordo.

[...]

Segundo, mediadores podem ajudar os negociadores a explicar uns aos outros quais são as restrições burocráticas ou horizontais impostas por seus respectivos entes ou indivíduos representados e os procedimentos de ratificação que serão utilizados para produzir um acordo válido.

[...]

Terceiro, mediadores podem trabalhar com os negociadores ou equipes de negociação para desenvolver procedimentos específicos para notificar ou informar os representados sobre o desenvolvimento das negociações. Os representados normalmente esperam que seus representantes na negociação tragam para sua aprovação um acordo muito similar ao seu pleito inicial.

---

<sup>290</sup> Moore salienta inicialmente, porém, que este “argumento do negociador de que ele ou ela não possui poder para tomar a decisão final pode dar um fôlego adicional à sua equipe. [...] Não ter um negociador com poder de decisão presente à mesa pode também aliviar a pressão sobre o negociador para produzir uma decisão final durante a negociação; além disso, pode dificultar o desenvolvimento de confiança entre as equipes.” (2003, p. 438 – tradução desta autora).

Esta normalmente é uma expectativa nada realista. Se os representados não forem mantidos informados sobre as mudanças e opções desenvolvidas durante as negociações, eles podem começar a ver seus representantes, que eram tidos como heróis no início das negociações, como traidores.

Os representados, tal como os negociadores, precisam ser educados sobre a composição de um acordo realista e provável. Isto precisa ocorrer durante todo o processo de negociação, de modo que o acordo ao final proposto para ratificação não seja uma surpresa, e de modo que os representados tenham oportunidades de contribuir com ideias e comentários durante a negociação.

[...]

Para evitar rejeição do acordo final, mediadores podem eventualmente auxiliar em conversas entre negociadores e seus representados antes ou depois do anúncio dos termos do acordo. Eles também podem tentar convencer os negociadores de que uma potencial opção de acordo é aceitável para os representados.

Quarto, o mediador pode ajudar o negociador ou a equipe de negociação a convencer o ente ou grupo representado que resiste à ratificação do acordo que o negociador ou a equipe fez o melhor que podia para promover seus interesses (Kerr, 1954). Isto pode incluir discutir o mérito das propostas e contrastá-las com a proposta original da parte adversa, demonstrando a efetividade das estratégias de negociação, assim como a integridade e o comprometimento dos negociadores em atender os interesses dos representados.

Finalmente, o mediador também pode atuar junto ao grupo representado para modificar a postura intransigente de um negociador ou uma equipe de negociação. O mediador pode, através de colocações em público ou em particular, indicar para os representados que um negociador está sendo demasiado obstinado e sugerir que estes encorajem o negociador a abandonar uma posição “linha-dura” (Shapiro, 1970). O mediador também pode apelar diretamente aos representados em busca de concessões que permitam o avanço das negociações (Douglas, 1962).

Verifica-se, assim, que o mediador, sempre que necessário e que contar com a confiança dos grupos em conflito, pode desempenhar também um papel chave no relacionamento entre os representantes presentes à mesa de negociação e cada um dos grupos ali representados.

## **8.6 O esclarecimento dos contornos fáticos e técnicos: a obtenção de informações e a realização de estudos necessários para a solução do conflito**

Uma das etapas essenciais para se desenhar qualquer acordo referente à implementação de uma política pública ou reparação de um dano coletivo é o diagnóstico do problema que se busca resolver, tanto no que toca à sua natureza (causas, características, consequências, possíveis interações com outras políticas públicas), como no que tange à sua

dimensão (universo de pessoas afetadas, tempo e recursos necessários para implementação de possíveis soluções, etc).

Para avaliar qual o caminho a ser adotado para solucionar o conflito, faz-se necessário, assim, trazer ao processo de mediação todas as informações disponíveis, sejam elas elementos fáticos ou pareceres técnicos, inclusive para identificar eventual ausência ou insuficiência de informações relevantes para a elaboração do diagnóstico.

Cabe, assim, ao mediador, nas etapas preliminares do processo, identificar quais as informações já disponíveis e onde elas estão localizadas, instando as partes que as detêm a trazê-las para a “mesa” ou obtê-las junto a terceiros, quando for o caso.

Na impossibilidade de reunião de tais informações mediante simples cooperação das partes, cabe ao mediador informar tal circunstância ao juízo, a fim de que seja determinada a sua disponibilização, sendo possível, ainda, que a requisição seja feita pelo Ministério Público, normalmente presente nas negociações desta natureza.

#### **8.6.1 Da requisição de informações**

O passo seguinte, naturalmente, há de ser a requisição de tais informações pelo juízo, sempre que elas estiverem em poder de órgãos públicos ou, ainda que estejam em poder de particulares, sempre que for possível identificar a obrigação legal de fornecê-las, dada sua relevância para o processo.

#### **8.6.2 Prazos e sanções para descumprimento**

Para garantir sua efetividade, tal requisição deve vir acompanhada da fixação de prazo para atendimento e de cominação de sanção para eventual descumprimento, preferencialmente multa diária, em valor suficiente para tornar inviável para o ente o não atendimento à requisição.

Este prazo deve ter em conta se as informações estão disponíveis de imediato ou dependerão de apuração por parte do ente requisitado. Deve ter em conta, também, a urgência requerida para a utilização de tais informações no processo de mediação.

Ponderadas tais circunstâncias, o juiz deve estipular o prazo que constará no mandado de requisição.

### **8.6.3 Estudos técnicos relevantes ainda não disponíveis**

Muitas vezes, durante o processo de mediação, se perceberá que a definição de uma solução para o problema que se pretende resolver com a política pública em questão depende de elementos de fato cuja apuração ainda não se realizou. É o que se verifica, por exemplo, num processo de reparação de danos causados por acidente ambiental em que a extensão dos danos ambientais ainda não é conhecida.

Ainda, é possível que a solução técnica adequada não seja conhecida ou seja controvertida, como no caso de um medicamento ou tratamento para uma doença grave que ainda esteja em fase experimental ou nas situações em que mais de um caminho seja possível para resolver o problema, sendo que os custos e benefícios de cada um deles deve ser avaliado.

Em situações como essa, pode(m) e deve(m) ser realizado o(s) estudo(s) técnico(s) necessário(s) durante o processo, da forma que será descrita mais adiante.

## **8.7 Questões processuais**

A utilização de mediação ou outro caminho de resolução consensual de solução dos litígios coletivos deve implicar algumas adaptações no rito tradicional de tais ações, sobre as quais passo a discorrer.

### **8.7.1 Da tutela de urgência**

É bastante comum, em conflitos envolvendo políticas públicas, seja na área de saúde ou de meio ambiente, para ficar apenas em dois exemplos mais comuns, que não seja possível aguardar o deslinde de um processo de mediação – ainda que este seja muitíssimo mais rápido que um processo judicial – para se adotarem medidas requeridas de imediato em razão da urgência do problema.



Ainda que não seja possível aguardar a conclusão de um processo de mediação, todavia, isso não implica dizer que não seja possível designar uma única sessão de mediação, no prazo de 72 horas após eventual decisão liminar, para que as partes em conflito (e isso deve incluir titulares individuais do direito reivindicado), em diálogo intermediado pelo mediador nomeado pelo juízo, possam trazer elementos aptos a construir uma solução provisória para o conflito. Como já escrevi em outra ocasião (2007, p. 159), o artigo 2º. da Lei 8.437/92 deixa claro o cabimento de concessão de liminares em mandados de segurança coletivos e nas medidas cautelares que antecedam o ajuizamento de ações civis públicas:

No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.

Mesmo que não seja possível chegar a um consenso imediato, esta sessão pode contribuir para melhor delimitar o âmbito da controvérsia, bem como para trazer novos elementos de convicção ao juízo que levem, eventualmente, a uma modificação, ainda que parcial, da decisão liminarmente proferida.

Deve, portanto, o mediador relatar ao juízo o resultado e os elementos incontroversos e controvertidos que resultaram desta primeira sessão.

Examinadas as informações do juízo e proferida nova decisão mantendo ou modificando a liminar, pode ter início o processo de mediação propriamente dito, com as etapas que se descreverá a seguir.

O PL 5139, muito embora previsse expressamente a possibilidade de antecipação, total ou parcial, dos efeitos da tutela, não exigia a tentativa de conciliação neste momento, muito embora possibilitasse a realização de “justificação prévia” (artigo 17, § 1º.), o que normalmente se realiza em audiência.

Um exemplo de acordo provisório e consensual celebrado na esfera administrativa se encontra no procedimento de julgamento de atos de concentração perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Os artigos 139 a 141 do Regimento Interno do CADE preveem a possibilidade de celebração de “acordo de preservação da reversibilidade da operação”, mediante o qual, por exemplo, podem ser autorizadas algumas medidas que justificaram determinada fusão ou incorporação (tal como a injeção de capital de uma empresa na outra que está em péssimas condições financeiras), mas proibir outras

consequências de uma eventual aprovação da operação (como a extinção da marca dos produtos da empresa incorporada).

### **8.7.2 Das relações entre o pedido e a causa de pedir e o procedimento de mediação**

O projeto de novo CPC prevê, mesmo para as ações individuais, a possibilidade de alteração do pedido e da causa de pedir antes da prolação da sentença.

Em matéria de ações coletivas, com muito maior razão, dada a complexidade dos fatos e das soluções técnicas envolvidas, deve-se admitir que, delimitada de forma razoável a “causa de pedir”, ou seja, o problema que levou ao ajuizamento da ação, não se deve exigir do autor, seja ele o Ministério Público, associação ou cidadão, que atribua a ela determinada consequência jurídica rígida, pois o processo pode e deve estimular a construção de uma solução consensual que tenha como únicos limites a observância das normas jurídicas vigentes.

Não faz sentido, assim, exigir-se pedido certo e determinado em ações coletivas, assim como se deve permitir, a qualquer tempo, a apresentação de novos elementos de prova.

Para demonstrar a necessidade de tal flexibilização, vamos utilizar os exemplos fornecidos por Leonel (2007, p. 152):

Exemplificando, é fato extremamente comum constatar, no curso da instrução probatória em ação coletiva, que os danos causados ao meio ambiente foram mais graves ou mais abrangentes, até mesmo territorialmente, que aqueles indicados na petição inicial, quando da descrição dos fatos constitutivos do pedido.

A aceitação do ingresso destes fatos constatados posteriormente, na demanda em fase de instrução, significaria, na prática, pensando no sistema tradicional da estabilização da demanda no Código de Processo Civil, a alteração da *causa petendi* e do *petitum*: novo motivo para pleito de reconstituição, ou mesmo reparatório, mais amplo que aquele deduzido inicialmente.

Pensando também em problemas inerentes a relações de consumo, é viável supor situações complexas em que as condutas abusivas praticadas contra o consumidor não se limitam àquelas que foram indicadas na petição inicial. No desenrolar da instrução, outras condutas lesivas, de idêntica gravidade, são descobertas. Sua introdução significaria, tudo leva a crer, ampliação da causa e do pedido, vedada pelo sistema tradicional.

Em razoável compasso com esta realidade, o projeto de nova Lei da Ação Civil Pública que tramitou no Congresso Nacional recentemente (PL 5139/2009 – substitutivo de 15.9.2009, rejeitado em 2010), previa, em seu artigo 16:

Nas ações coletivas, a requerimento do autor ou do Ministério Público, até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé e que não importe em prejuízo para a parte contrária, devendo ser assegurado o contraditório, mediante possibilidade de manifestação do réu no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultada prova complementar.

Num primeiro momento, cabe observar que a preocupação do legislador com o respeito ao contraditório merece aplauso. Causa espanto, porém, que não se preveja expressamente a possibilidade de apresentação de novas provas pela parte autora, mas se preveja tal possibilidade para o réu...

De outra parte, a possibilidade de apresentação de novos elementos de prova não deve ser condicionada à alteração do pedido, em consonância ademais com o que dispõem tanto o artigo 34 do projeto quanto o artigo 16 da própria lei vigente, que permitem a propositura de nova ação com o mesmo objeto e baseada em novas provas em caso de julgamento de improcedência decorrente de insuficiência de provas.

Ademais, também se afigura indesejável a limitação da possibilidade de alteração do pedido ou da causa de pedir ao momento de prolação da sentença.

Cabe referir que tais possibilidades representam mera decorrência do princípio da flexibilidade procedimental, que rege as ações coletivas e se encontra consagrado expressamente no artigo 3º., § 3º., do PL.

Tal princípio, como ressalta Leonel (2007, p. 148), se funda no dinamismo e na complexidade das relações de direito material que são características dos direitos coletivos <sup>291</sup>. Ademais, como bem ressalta o autor, a adoção de um sistema flexível em matéria de preclusões, embora possa postergar de alguma forma o julgamento, em muito contribui com a efetiva solução do conflito:

[...] um sistema rígido favorece a solução mais rápida *da ação*, mas não obrigatoriamente *do conflito* subjacente: remanesce sempre a possibilidade de desdobramentos da relação material controvertida, pela propositura de nova ação relativa a ela, fundada em nova causa de pedir e com novo pedido. A solução mais flexível, ao contrário, embora provoque eventual retardo no encerramento do feito, tende a equacionar definitivamente a controvérsia instaurada no âmbito do direito material. (grifos do autor)

<sup>291</sup> Prossegue ele, mais adiante (2007, p. 152-153): “Essa complexidade refere-se, naturalmente, a vários aspectos, como: (a) número de litisconsortes (são comuns as ações coletivas propostas em face de inúmeros responsáveis pelos danos aos interesses coletivos); (b) complexidade e custo da prova pericial produzida (alta complexidade pela dificuldade técnica das questões de fato a enfrentar e alto custo da perícia); (c) dificuldade, em muitos casos, em identificar, desde logo, a extensão dos atos lesivos e dos danos causados, etc.”

Neste sentido é a tendência dos modernos ordenamentos processuais, numa busca por maior efetividade do processo, como se dá no exemplo português, por ele noticiado (2007, p. 150):

Peculiar é a solução do sistema lusitano atual.

Havendo consenso entre autor e réu, é possível alterar a causa de pedir e o pedido a todo tempo, inclusive em grau de recurso, desde que isso não gere prejuízo inaceitável para a instrução, discussão e julgamento da demanda.

Na hipótese de inexistência de consenso, são possíveis modificações para: (a) redução do pedido (equivale à desistência parcial); (b) alteração decorrente da resposta do réu, quando da réplica (v.g., substituição do pedido inicial, formulação de subsidiários compatíveis com aquele); (c) ‘desenvolvimento’ do pedido inicial (v.g., indenização, quando o pleito originário era de proteção da posse ou propriedade); (d) alteração simultânea da *causa petendi* e do *petitum*, desde que mantida a mesma relação de direito material controvertida (v.g., do pedido de cumprimento de determinado contrato, mudança para o pedido de rescisão).

A finalidade do reformador português, ao que tudo indica, foi a obtenção do máximo resultado em cada processo, ou seja, a resolução, se possível, integral do litígio relativo a determinada relação de direito material. Representa a tentativa de aproximar a solução da controvérsia o máximo possível da situação de fato, tendo em conta seus reais contornos no momento em que será prolatada a sentença.

Da mesma forma, o autor demonstra (2007, p. 150) que tanto o Código-Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América quanto a Proposta de Código-Modelo de Processo Civil Transnacional, “elaborada por juristas de variadas origens, com a finalidade de sistematizar princípios gerais para o processo internacional”, são mais avançados que o PL brasileiro neste particular.

O primeiro dispõe a respeito o seguinte:

Artigo 10. Nas ações coletivas, o pedido e a causa de pedir serão interpretados extensivamente.

§ 1º. Ouvidas as partes, o juiz permitirá a emenda da inicial para alterar ou ampliar o objeto da demanda ou a causa de pedir.

§ 2º. O juiz permitirá a alteração do objeto do processo **a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição**, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado. (grifei)

Já a Proposta de Código-Modelo de Processo Civil Transnacional <sup>292</sup> estipula:

<sup>292</sup> Informa Leonel (2007, p. 151) que “Trata-se de iniciativa do The American Law Institute (ALI), a partir do ano de 1997, sob a coordenação de Geoffrey Hazard e Michele Taruffo, à qual posteriormente, no ano 2000, associou-se o International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), sediado em Roma, na Itália.”

10.3. **A parte, demonstrando uma boa razão, tem o direito de emendar seus pedidos ou defesas, dentro de razoável limite temporal, dando notícia para as outras partes**, desde que assim agindo não retarde, de forma pouco razoável, o procedimento, ou de qualquer forma isso resulte em injustiça.

14.1. [...] Em particular, emendas podem ser justificadas para levar em conta eventos ocorridos depois daqueles alegados nos requerimentos iniciais, fatos recentemente descobertos ou evidências que não poderiam previamente ser obtidas através de razoável diligência, ou evidências obtidas por meio de trocas de provas. (grifei)

Verifica-se, assim, que o princípio da flexibilidade procedimental pode e deve ser explorado em maior medida pelo legislador, **notadamente quando se adotar o procedimento de mediação**, já que um dos princípios desta é também a flexibilidade do procedimento, bem como a possibilidade de explorar todos os interesses legítimos envolvidos no conflito, não apenas aqueles juridicamente protegidos. Deve, pois, ser expressamente previsto, que o **acordo obtido mediante mediação**, muito embora deva ter em conta os parâmetros do **direito material**, **não precisa se ater aos limites do pedido ou da causa de pedir, tal como efetivamente formulados na petição inicial ou alterados posteriormente**.

### 8.7.3 Conteúdo mínimo, homologação e eficácia jurídica do acordo

Em processo onde se discutem compromissos, por parte de entes públicos e privados, concernentes à formulação e implementação de políticas públicas ou reparação de danos coletivos, é evidente que o acordo, ainda que parcial, resultante do processo de mediação deverá ser devidamente homologado pelo juízo.

Ao examinar o conteúdo do acordo com a finalidade de homologação, o juízo deverá verificar apenas se os parâmetros legais foram respeitados, bem como se existe clareza na delimitação de obrigações, na previsão de responsabilidades, prazos e meios para monitoramento do cumprimento, bem como sanções claras e proporcionais para o descumprimento, total ou parcial.

Verificando que existe alguma inadequação do ponto de vista jurídico ou omissão quanto aos termos que viabilizem o cumprimento do acordo, deve remeter as partes para a conclusão da mediação até que fiquem devidamente esclarecidas ações, pessoas responsáveis e prazos para sua execução, meios de monitoramento e sanções para descumprimento.

Tal cuidado se justifica porque o acordo homologado, que passará a contar com a eficácia de título judicial e que substitui, justamente, a sentença judicial que teria essa qualidade e que seria proferida caso o consenso não tivesse sido alcançado, deve ser claro o suficiente para viabilizar, seja o seu cumprimento espontâneo, como se espera que ocorra, seja sua execução forçada, na hipótese de descumprimento parcial ou total.

Muito embora fosse omissivo com relação ao conteúdo mínimo do acordo, bem como quanto aos critérios que deverão ser utilizados pelo juízo, o PL 5139, de 2009, mencionava que este, em qualquer das suas modalidades, deveria ser objeto de homologação judicial <sup>293</sup>.

Ao sequer fazer menção à previsão de sanções, a redação do PL (que, como dito, veio a ser rejeitado pela Câmara) operava, inclusive, retrocesso em relação ao quadro normativo atual, pois o artigo 5º., § 6º., é claro ao exigir que do compromisso de ajuste de conduta constem cominações para o caso de inexecução das obrigações nele contidas – medida que se revela eficaz tanto para estimular o cumprimento espontâneo do acordo como para facilitar sua execução forçada, caso necessária.

Sobre a previsão de prazos para o cumprimento das obrigações, como visto ao analisar a celebração de termo de ajuste de conduta na esfera administrativa, a doutrina já era unânime em apontar sua necessidade, por decorrência direta da previsão de cominações, que demanda, logicamente, um termo inicial a partir do qual se torne exigível o cumprimento das obrigações ajustadas.

Por fim, cabe enfatizar que o juiz deve examinar, sobretudo, a **adequação do conteúdo do acordo, à luz da legislação aplicável**. Deve verificar se as obrigações previstas no acordo são suficientes e apropriadas para a efetividade dos direitos coletivos discutidos no processo.

Nesse sentido os ensinamentos de Gidi (2008, p. 269), inspirados no controle judicial que se faz do conteúdo de acordos celebrados nas *class actions* no direito americano: “para que um acordo coletivo seja válido e vincule o grupo e seus membros, ele precisa tutelar adequadamente os interesses do grupo.” Assim, para ele, deve-se

---

<sup>293</sup> Neste sentido o artigo 19, § 4º.: “Obtido o acordo, será este homologado por sentença, que constituirá título executivo judicial” e o artigo 61, que se refere ao “programa extrajudicial de prevenção ou reparação de danos”: “O acordo que estabelecer o programa deverá necessariamente ser submetido à homologação judicial, após prévia manifestação do Ministério Público”.

[...] estabelecer um sistema de controle judicial não somente da legalidade formal como da adequação substancial dos termos do acordo realizado entre o representante e o réu. [...] Mais que uma simples homologação, o juiz deverá aprovar os termos do acordo, dentro de um procedimento adequado, público e transparente, que permita aos interessados uma oportunidade adequada de participação.

Os acordos celebrados no âmbito de *class actions*, como se sabe, referem-se a direitos que a ordem jurídica brasileira qualifica como individuais homogêneos ou coletivos em sentido estrito. Como, no Brasil, as ações coletivas podem ter por objeto também direitos difusos, pertencentes a uma coletividade indeterminada, o que pode eventualmente abranger a população de todo um Município ou região, ou mesmo do país, com maior razão se justifica o monitoramento estrito do conteúdo do acordo, sobretudo quando se lembram as inúmeras e acertadas advertências doutrinárias no que se refere à transação nesta matéria, no sentido de que não deve jamais ser afetado o conteúdo essencial do direito, mas sim e tão somente a forma de sua proteção no caso concreto. De nada servirão tais advertências se estes critérios não forem levados em conta pelo juízo ao examinar o conteúdo do acordo para eventual homologação.

## **8.8 Conteúdo do acordo, detalhamento das obrigações e relevância do quadro normativo**

No que diz respeito especificamente às obrigações previstas no acordo, é interessante observar que o grau de detalhamento há de ser o máximo permitido nas circunstâncias, dado que, quanto maior o detalhamento, menor a possibilidade de conflitos futuros. Não se deve perder de vista, contudo, a necessidade de se manter algum grau de flexibilidade, tendo em vista que as circunstâncias fáticas podem vir a se alterar de forma significativa durante a execução do acordado. Pertinentes aqui as observações de Alexandre Gavronski sobre o detalhamento do acordo, que ele descreve na esfera extrajudicial, mas que valem sempre que for adotada a construção da solução pela via consensual:

[...] as possibilidades de detalhamento da solução se ampliam se comparadas à decisão judicial, pois extraprocessualmente há maiores facilidades – devido à possibilidade de participação dialética e direta de técnicos, legitimados e interessados na construção da solução concretizadora do direito – e disponibilidade de tempo para se especificar pontos controversos e se estabelecer consensos também sobre a forma de implementação dos direitos e interesses coletivos envolvidos. (2010, p. 256).

No que diz respeito ao peso da legalidade, ou às limitações que o quadro normativo impõe ao conteúdo do acordo, ponto já abordado desde o capítulo que versou sobre a

celebração de acordos em processos judiciais em geral, julgo necessário fazer alguns esclarecimentos complementares, já que, vez por outra, ocorrerão situações em que o quadro normativo se mostra insuficiente para a solução do problema objeto do conflito. São oportunas as considerações de Alexandre Gavronski a respeito:

[...] o caráter contingente dos direitos e interesses coletivos e a complexidade das soluções necessárias a garantir efetividade da tutela coletiva exigem, não raro, a criação de direito por meio do estabelecimento de obrigações não expressamente previstas em lei nem implícitas no ordenamento (ao menos em sua configuração objetiva). É de fato uma característica do direito pós-moderno ser crescentemente reflexivo, ou seja, surgir como reflexo de novos e complexos desafios e direcionado para essas determinadas situações concretas.

Embora não se possa (nem se pretenda) negar que diante da vagueza característica das normas na sociedade complexa e do dever do juiz de sempre decidir, mesmo diante da lacuna da lei, é amplo o poder criativo do juiz por meio da interpretação-concretização, é preciso, por outro lado, reconhecer que essa liberdade de criação judicial é inferior àquela que se reconhece às partes, por consenso, no que diz respeito à imposição de obrigações para aquele que atua em defesa própria (o apontado responsável pela lesão ou ameaça aos direitos e interesses coletivos) e em se tratando de direitos que, para ele, tenham natureza disponível. [...]

Na tutela extraprocessual coletiva, por sua vez, conquanto para os legitimados coletivos seja nula qualquer disponibilidade em relação ao conteúdo objetivo dos direitos e interesses coletivos especificamente previsto em lei, que serve de piso para as soluções extraprocessuais, o inverso não é verdadeiro, pois a lei não funciona como teto para as obrigações que podem assumir os apontados responsáveis pela lesão ou ameaça a esses direitos e interesses. Pelo contrário, por meio do consenso livre e versando sobre direito disponível, é ampla a liberdade de assunção de novas obrigações, à margem do direito, por aqueles que atuam em defesa de direito próprio. (2010, p. 257-258).

Em outras palavras, o que o autor em questão propõe e com o que manifesto integral concordância é que, eventualmente, o particular pode concordar em assumir obrigações que vão além do que seria legalmente exigível (ou ao menos não estaria tão claro que o fosse), o que termina por ser compensado pelo ganho em flexibilidade quanto à forma de cumprimento das obrigações legais propriamente ditas, que lhe é propiciado quando dialoga de forma produtiva com o Poder Público.

Este pensamento revela que o quadro normativo é apenas uma referência inicial, mas que, em face de suas lacunas e eventuais contradições, tanto os entes públicos e particulares diretamente envolvidos quanto a coletividade têm muito a ganhar quando o diálogo vai além desta esfera (sem de forma alguma violar a proteção mínima por ele trazida) e busca tutelar,



da forma mais harmônica e abrangente possível, os diferentes interesses afetados pelo conflito.

### 8.9 Conteúdo do acordo e sanções jurídicas para o descumprimento das obrigações

O conflito subjacente a uma ação coletiva envolvendo o Poder Público pode ter por objeto:

- a) a **adequação, em termos qualitativos ou quantitativos, na execução de um serviço público** determinado (saúde, educação, transporte coletivo, assistência social, amparo a crianças e adolescentes, entre tantos outros), tendo em conta os ditames normativos aplicáveis;
- b) a **correção de uma política pública inadequada** já por ocasião de sua formulação (por conter, por exemplo, critérios discriminatórios constitucionalmente vedados ou, no caso de lei orçamentária, por não respeitar os percentuais mínimos previstos na CF de gastos em saúde ou em educação), caso em que caberá a declaração de inconstitucionalidade de leis ou regulamentos administrativos;
- c) a necessidade de desenvolvimento (e posterior implementação, evidentemente) de uma **política pública inexistente** (caso por vezes ocorrente em matéria de incentivo à cultura, de políticas habitacionais, de destinação de resíduos industriais, etc.) **ou insuficiente** (desde a sua formulação, ela não contempla de forma satisfatória seja a implementação do direito fundamental, seja o universo de pessoas que dele são titulares) – caso em que existe omissão, total ou parcial, violadora da Constituição e, eventualmente, também de leis já existentes;
- d) a **reparação de danos já consumados** a bens da coletividade, em razão de omissão ou atuação inadequada de entes públicos, conjugada ou não à atuação ilícita de particulares (como é comum na seara ambiental ou consumerista, por exemplo).

Em todas estas hipóteses, desde a simples correção da atuação administrativa, até a elaboração de uma política pública que deveria existir, mas inexistente, ou, ainda, na reparação de danos já consumados, a **implementação de uma solução adequada**, capaz de dar a devida proteção ao direito fundamental ameaçado ou violado, envolve a **movimentação de consideráveis recursos técnicos e financeiros** e exige, necessariamente, três etapas:

- a) **diagnóstico do problema**, em sua dimensão objetiva (qual a sua natureza e extensão, bem como sua correlação com outros problemas) e subjetiva (qual o universo de pessoas atingidas ou interessadas);
- b) **identificação de possíveis soluções**;
- c) **análise de tais soluções**, sob uma ótica que seja tanto valorativa quanto de mensuração de custos (ou esforços) exigidos e benefícios gerados para todos os envolvidos, a fim de subsidiar a tomada de decisão.

É interessante notar que essas três etapas coincidem com as etapas da negociação baseada em interesses, de Ury, Fisher e Patton, como visto no capítulo 3: a) identificação dos reais interesses (em detrimento das posições); b) geração de alternativas de solução para o problema; c) ponderação dos prós e contras de cada uma das alternativas, à luz dos princípios definidos pela partes como critérios para a realização da escolha.

A conclusão ideal, nos dois casos, é a obtenção de um consenso sobre a melhor solução para o problema.

Verifica-se, portanto, que, a par da imensa variedade de situações que podem dar ensejo a um conflito de dimensão coletiva, no qual, normalmente, haverá entes públicos envolvidos de uma ou outra maneira (no polo ativo ou passivo da ação), sempre com responsabilidade no alcance de uma solução, em qualquer dessas situações existirá necessidade de: a) tempo; b) recursos financeiros; c) conhecimentos técnicos – tudo com vistas à busca da solução mais adequada e, muito mais ainda, para a implementação da solução encontrada.

Tendo em vista algumas discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da possibilidade de que tais decisões afetem a execução (ou mesmo o conteúdo) da legislação orçamentária, parece importante examinar em que medida isso pode ocorrer na hipótese de ser obtido o acordo entre as partes na mediação realizada em ação coletiva.

De outra parte, muito embora este tema seja pouco explorado, parece ainda mais importante avaliar em que medida o acordo pode contemplar a determinação de que sejam criadas novas fontes de custeio, bem como outras alterações de ordem legislativa ou, ainda, instrumentos de mensuração da eficácia e adequação das medidas que venham a ser adotadas pelo Poder Público no sentido de efetivamente tutelar os direitos fundamentais subjacentes ao conflito. O tema se relaciona ao monitoramento do cumprimento do acordo, que por certo

deverá ocorrer, sob pena de se perder todo o sentido o trabalho envolvido na construção coletiva da solução.

### **8.9.1 Da possibilidade de controle do contingenciamento, da realocação de recursos orçamentários e de determinação de inclusão de verbas no orçamento do exercício seguinte**

Todas as situações que se explicitou acima nos conflitos coletivos que envolvem o Poder Público, normalmente, haverão de ter repercussões orçamentárias, notadamente nos casos de atuação inexistente ou insuficiente. Como já ficou explicitado no capítulo 3, é perfeitamente cabível a sindicabilidade judicial da omissão administrativa ou legislativa do Poder Público no que concerne a políticas públicas que afetam direitos fundamentais.

Nestes casos, pode eventualmente ser necessária a alteração da legislação orçamentária respectiva, o que pode ser feito mediante ordem judicial ou em acordo em juízo ou na esfera administrativa. Como lembra Geisa Rodrigues, ao discorrer sobre o termo de ajustamento de conduta:

Quando se tratar do Poder Público, o compromisso pode ser firmado, inclusive, para estabelecer condições temporais e orçamentárias para a efetiva implementação de uma determinada política pública, cuja inexistência resulte em violação ou promoção inadequada de direitos transindividuais. (2006, p. 176-177).

Também no sentido da plena possibilidade de que eventual decisão judicial venha a afetar a execução orçamentária se situa o posicionamento de Inês Soares (2005, p. 501):

[...] é cabível seja exigido o cumprimento da política proposta, mesmo que não tenha sido prevista no orçamento anual.

Outra situação possível é a ausência de previsão legal de plano ou programa nacional, regional ou setorial previsto na Carta Magna. Ausente norma que estabeleça a política pública social que quer se ver implementada, não há que se falar em previsão orçamentária.

Mas a exigência de proteção efetiva do direito pelo Estado ainda assim é possível.

Para esta autora, a decisão judicial, em tais ações, pode, conforme o caso: a) obrigar à realização de despesas já previstas no orçamento, anulando os efeitos de eventual

contingenciamento indevido <sup>294</sup>; b) determinar a realocação de despesas dentro da lei orçamentária vigente (2005, p. 504); c) em situações excepcionais, determinar a inclusão de verba no orçamento do ano seguinte.

Já Alceu Maurício Júnior (2009, p. 252 e 265-273), embora admita estas mesmas possibilidades, faz referência expressa a que:

- a) deve estar em jogo o mínimo existencial, ou seja, o direito fundamental invocado deve estar circunscrito à esfera mínima de dignidade dos seus titulares;
- b) deve haver a análise do orçamento global do ente público, a fim de que não se inviabilize a proteção a outros direitos também circunscritos ao mínimo existencial;
- c) deve ser preservada a máxima liberdade do administrador quanto aos meios de dar cumprimento à decisão.

Para este autor (2009, p. 258-259),

[...] a intervenção judicial sobre as decisões relativas à alocação de recursos – ou seja, sobre as escolhas orçamentárias – deve ser feita através do próprio orçamento. Em outras palavras, havendo razões para considerar que as alocações efetuadas pelo Legislativo e pelo Executivo não atendem razoavelmente às exigências constitucionais, o Judiciário deve, conforme o caso, determinar a realocação dos recursos previstos no orçamento ou a inclusão, na lei orçamentária do exercício seguinte, da previsão ou extensão do programa/projeto destinado à implementação do direito constitucionalmente protegido. [...]

A intervenção judicial nas políticas públicas através do orçamento leva em conta a reserva do possível, pois permite ao Judiciário ter uma visão mais precisa sobre a disponibilidade de recursos e a destinação existente, dando visibilidade sobre quais prestações estatais estão sendo atendidas. O orçamento funciona como excelente fonte de prova para as questões ligadas à reserva do possível, o que é uma decorrência direta da centralidade do orçamento na implementação de prestações estatais.

Para ele, “intervindo através do orçamento, os juízes não conduzirão as políticas públicas, mas apenas determinarão que se atenda a uma necessidade específica, deixando a

---

<sup>294</sup>Afirma ela: “Admitir discricionariedade na execução orçamentária para a não-implementação da política social estabelecida é transferir ao executor do orçamento a fixação das diretrizes do país, que se realiza por meio de seus poderes estatais. [...] Cabe, assim, ação civil pública para obrigar a realização do crédito, com pedido de antecipação, já que a utilização dos recursos disponíveis para a execução do projeto está adstrita ao exercício financeiro atual.” (2005, p. 505). De outra parte, cabe registrar que a posição, majoritária na doutrina, de que o orçamento tem caráter meramente autorizativo, não vinculando a Administração Pública à realização da despesa (ver, por exemplo, NASCIMENTO 2002), tende a ser revista, havendo autores como Mendonça (2010, p. 383) que afirmam: “a execução orçamentária deve ser vinculada em alguma medida, rejeitando-se a tese de que o orçamento seria uma mera autorização de despesas, sem qualquer pretensão impositiva.”

cargo do legislador e do administrador a escolha dos meios necessários.” (2009, p. 260) Sustenta ainda, em prol da preservação da máxima flexibilidade para o administrador, que:

O Judiciário deve determinar a implantação do programa no orçamento, deixando a própria Administração decidir sobre a utilização da reserva de contingência de que trata o artigo 5º, III, da Lei de Responsabilidade Fiscal, ou se aplica o contingenciamento sobre outras alocações, na forma do artigo 9º. da mesma lei.

No mesmo compasso, aduz:

Quando se tratar de benefício complexo, que envolva a análise de questões técnicas ou a adoção de um processo continuado [...], o Judiciário deve permitir, pelo menos preliminarmente, que a própria Administração especifique a implementação da prestação estatal, determinando a alocação razoável de recursos no orçamento. (2009, p. 272-273).

Também Luiz Guilherme Marinoni já se pronunciou no sentido do pleno cabimento da determinação judicial de alocação de verbas orçamentárias:

Justamente porque não se pode isentar a Administração dos seus deveres em virtude da falta de disponibilidade orçamentária, nada impede que a tutela inibitória ordene a realização da incumbência devida pela Administração e, alternativamente, a disponibilização, em orçamento, do valor necessário para a consecução de sua obrigação legal. (2000, p. 119-120).

Uma outra possibilidade sempre presente de intervenção no orçamento vigente é a referida por Vanice Valle: “A intervenção judicial no orçamento público tem se verificado através da determinação de abertura de créditos suplementares no orçamento em curso” (2009, p. 109), mecanismo previsto expressamente na Constituição Federal, mas que depende de aprovação legislativa, assim como a inclusão de verbas no orçamento seguinte<sup>295</sup>.

Como bem pondera Vanice Valle, “a exploração dessa estratégia expressa claramente uma reação do próprio Poder Judiciário à reiterada apresentação do argumento da ausência de orçamento (num plano mais imediato) e da reserva do possível, como bloqueio absoluto a qualquer pretensão concretizadora de direitos fundamentais.” (2009, p. 108).

Assentada, assim, a possibilidade de que a própria decisão judicial interfira na alocação de verbas orçamentárias, a conclusão evidente é de que o acordo firmado nesta seara também possa fazê-lo<sup>296</sup>.

<sup>295</sup> Sobre essa última possibilidade, já se manifestou expressamente o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº. 493.811- SP, Relatora a Ministra Eliana Calmon.

<sup>296</sup> Nesse sentido já se manifestou Hamilton Alonso Júnior: “Aquela conhecida argumentação de inexistência de recursos ou falta de previsão orçamentária deverá ser trazida aos autos documentalmente e confrontada na

Todavia, como passo a abordar no item seguinte, a complexidade das questões envolvidas em políticas públicas que afetam direitos fundamentais não se esgota na questão orçamentária.

### **8.9.2 Da possibilidade de definição de metas a serem atingidas em diferentes momentos e de previsão de avaliação periódica da eficiência administrativa**

Se a possibilidade de ser afetada a execução orçamentária, bem como de ser efetuado o controle de constitucionalidade e de legalidade (respeito a previsões da Lei de Diretrizes Orçamentárias, da Lei do Plano Plurianual ou de outras leis que determinem inclusão de recursos no orçamento) da lei orçamentária, vem sendo admitida pela doutrina e pela jurisprudência<sup>297</sup>, é preciso atentar, contudo, para as ponderações da mesma autora quanto à insuficiência de tal mecanismo na solução do problema: “Se temos em conta que o cenário de desenvolvimento de uma política pública dificilmente se esgotará em um único exercício financeiro, tem-se já um indicativo da insuficiência do mecanismo para fins de efetivo controle” (2009, p. 109).

Não faz sentido, aponta ela, definir uma interferência específica na gestão orçamentária sem que se saiba ainda a exata dimensão do problema que se pretende resolver com a política pública: “tem-se o risco de empreender-se a uma perigosa inversão, fixando um patamar de gastos para uma atuação que não se tem ainda definida qual seja.” (2009, p. 112).

Da mesma maneira, não “parece satisfatória uma solução que trabalhe com a lógica de determinar-se o provimento dos recursos em sede orçamentária, sem a indicação do montante. Nessa hipótese, o risco se situa no plano da efetividade; a ordem que determina alocar recursos (não se sabe quanto) para financiar uma política pública (não se sabe qual) admite como reação de parte da Administração **qualquer** atuação, sem que se disponha de parâmetros próprios ao exercício da crítica de sua adequação para com a decisão judicial anteriormente exarada.” (2009, p. 112). Note-se que estas observações da autora se enquadram à perfeição nos casos de políticas públicas inexistentes ou insuficientes, bem

---

instrução com outras provas. Se verdadeira, o prazo para o cumprimento da obrigação deverá ser ampliado. Aliás, no curso da ação civil pública acordos poderão ser celebrados com cronograma a ser incluído nas futuras peças orçamentárias.” (2005, p. 217).

<sup>297</sup> O STF reviu seu posicionamento anterior no julgamento da ADI 2925, em que o Relator, Min. Marco Aurélio, assim se manifestou: “mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta”.

como nas situações de reparação de danos já consumados, em que uma das principais preocupações, normalmente, é o volume de gastos envolvido na satisfação dos direitos fundamentais.

Elas são ainda mais pertinentes, contudo, nas inúmeras situações em que existem controvérsias de natureza técnica sobre qual o meio mais eficaz para dar conta da proteção ao direito fundamental.

Para Vanice Valle, a exigência de motivação que se aplica a todas as decisões judiciais faz nascer, nesta esfera, um novo desafio ao órgão decisor, qual seja, vincular sua decisão a determinados resultados que se pretende alcançar para dar efetividade ao direito. Para esta autora (2009, p. 115),

[...] uma decisão judicial substitutiva, que determina condutas ao administrador qualificadas pelo juízo como políticas próprias ao enfrentamento de um determinado tema não se terá por legítima se não acompanhada da indicação dos **resultados** pretendidos alcançar – que, por sua vez, hão de ser instrumentais à garantia dos direitos fundamentais cuja efetividade se tem discutida.

Ademais, defende ela, “a cogitação quanto ao resultado conferirá ao Judiciário um elemento importante para a aferição do próprio cumprimento da sentença. Afinal, é possível que a conduta determinada pela ordem se tenha concretizado sem que o resultado cogitado se tivesse materializado – e, nessa hipótese, o vício está não na conduta da Administração, mas no conteúdo da ordem, que não se revelou apto a gerar o resultado desejado.” (2009, p. 116). Cabe acrescentar que a menção a resultados mantém a liberdade de meios que há de ser assegurada ao administrador, até por conta do que Valle chama de “déficits de expertise” do Judiciário neste aspecto.

A solução proposta por ela é a de que “esse novo Judiciário que cogita de controlar as políticas públicas deve desenvolver uma atividade dialógica com as instâncias técnicas que possam contribuir ao aprofundamento do problema.” No meu entendimento, porém, este viés exclusivamente técnico não é capaz de superar o chamado “déficit democrático” do Judiciário. Este obstáculo, porém, pode perfeitamente ser superado pela **mediação participativa**, já que a todos os atores afetados se assegura a possibilidade de participar e contribuir no debate, como delineado no item 8.5.

De outra parte, é perfeitamente possível, caso utilizada a via consensual, que o acordo, justamente para possibilitar a futura avaliação da eficácia de sua execução, inclua a **definição**

**de metas a serem atingidas, com prazos diferenciados** para cada uma delas, bem assim a realização de uma futura reunião para avaliação de resultados, com ou sem a participação do mediador, a depender do grau de confiança entre as partes que se tenha desenvolvido durante o processo. A possibilidade de definição de metas para viabilizar o controle jurisdicional de políticas públicas que afetam direitos fundamentais, aliás, é também defendida por Ana Paula de Barcellos, como se viu no capítulo anterior.

Cabe analisar, ainda, se é possível que um determinado acordo assim obtido contemple a previsão de mecanismos de **avaliação da eficiência administrativa** ou economicidade da política pública a ser formulada, complementada ou implementada ou do sistema de reparação de danos proposto no acordo.

Entre os poucos autores que analisaram o tema, Alceu Maurício Júnior (2009, p. 128) dedica item específico de seu trabalho à questão da economicidade da atuação administrativa. Para ele, “o artigo 70 da CF encerra indiretamente um mandado geral de economicidade na Administração pública.”

Todavia, aponta ele com pertinência duas cautelas a serem adotadas quando se pensa em análise de economicidade:

- a) “a análise custo/benefício não é um critério passível de utilização isolada. Ele em si não traz consigo um método para avaliar determinados custos sociais, nem para indicar quais são as variáveis relevantes em cada caso”;
- b) “As escolhas públicas não podem ter a pretensão de esgotar a análise de todos os possíveis custos e benefícios capazes de influenciar na decisão, sob pena de o próprio processo de decisão não atender à exigência de economicidade”.

Sobre o primeiro aspecto, os critérios hão de ser buscados, naturalmente, no direito material, que revela os direitos merecedores de proteção, assim como nos dados da realidade fática sobre o grau de efetivação ou não de tais direitos, e, ainda, em certa medida, nas expectativas legítimas dos grupos sociais afetados – o que encontra espaço adequado também na mediação participativa.

Sobre o segundo aspecto, cabe reforçar que a utilização de um método consensual de construção da solução tem sido reconhecida como o caminho mais eficaz tanto para levantar informações e argumentos relevantes como para realizar a devida ponderação entre eles.



Entendo, portanto, que a resposta é afirmativa. Há que se reconhecer que, muito embora durante as conversações, seja possível identificar a solução mais adequada com o conhecimento disponível no momento, a realização de **avaliações da eficácia**, de modo a possibilitar **ajustes no momento da execução do acordo** pode e deve ser acordada. Ademais, como se verá nos estudos de caso constantes do Apêndice III, um dos grandes benefícios da utilização da mediação é justamente que, com a construção de um canal de diálogo entre as partes, elas passam a ser capazes de voltar a dialogar no futuro, seja sobre o mesmo problema, seja sobre outros que venham a surgir com relação à temática de sua atuação.

### **8.9.3 Da possibilidade de determinação da busca de novas fontes de custeio e outras alterações legislativas**

Existe uma última questão espinhosa a ser tratada no que diz respeito ao conteúdo do acordo. Trata-se da possibilidade, nada remota por sinal, de que fique constatada a impossibilidade de seu cumprimento no quadro orçamentário que tem se verificado ao longo do tempo naquela matéria. Vale dizer, à luz do volume de receitas e do percentual deste volume que já está vinculado a determinadas despesas por determinação constitucional ou legal (por exemplo, pagamento de pessoal, de inativos, gastos com saúde e educação, pagamento de precatórios; no caso da União e dos Estados, repasses constitucionalmente previstos a Municípios), pode ficar clara a insuficiência de recursos financeiros para concretizar uma política pública que seja de competência do ente público.

Para se entender a dimensão do problema, vale a pena transcrever as observações de Maurício Júnior acerca do percentual de vinculação das receitas em nosso país: “O nível de vinculações orçamentárias no Brasil está muito elevado. Conforme a Secretaria de Orçamento Federal, este patamar chegou a 80,6% das receitas do Tesouro em 2002.” (2009, p. 115).

A questão que se coloca, nessa hipótese, é: pode o acordo prever que o(s) ente(s) federativo(s) envolvido(s) no conflito providencie novas fontes de receita, a fim de fazer face às suas competências constitucionais e legais? A possibilidade pode vir sob duas formas, como revela a jurisprudência norte-americana a respeito, em ações que versavam justamente sobre a proteção a direitos fundamentais: a) a criação do imposto por via judicial, que chegou a ser determinada por algumas decisões e restou afastada pela Suprema Corte daquele país; b)

a determinação judicial da criação de um imposto pelo ente público, o que já foi admitido pela Corte Constitucional americana (caso *Griffin v. County School Board*).

Na doutrina brasileira, identificamos apenas dois posicionamentos a respeito: a) o primeiro, do Professor Ricardo Lobo Torres, admitindo a possibilidade de determinação judicial da criação de um imposto, mas não a criação direta desta pela própria decisão judicial; b) a segunda, de Alceu Maurício Júnior, negando tal possibilidade, mesmo na modalidade em que a decisão judicial somente determine a criação de um imposto. Sustenta este último que esta hipótese “não seria admissível no sistema constitucional tributário brasileiro, o qual se caracteriza pela rigidez e exaustividade, impondo expressamente a legalidade formal como regra, conceituando as espécies tributárias e discriminando exaustivamente as competências dos entes federados.” (2009, p. 252).

Ora, o princípio da legalidade em matéria tributária em nada se distingue do princípio da legalidade orçamentária, o qual o mesmo autor afirma poder ser afastada “desde que ligada à oferta de prestações vinculadas pelo mínimo existencial e associada a uma comprovada urgência” (2009, p. 252). Da mesma forma, a alegação de que a Constituição discrimina de forma exaustiva os impostos que podem ser instituídos por cada ente federativo não é capaz de justificar inteiramente tal posição, pois somente vale para Estados e Municípios, já que a União detém a competência residual para a criação de novos impostos – sem contar que ela sequer esgotou ainda suas possibilidades de criação dos impostos já previstos, já que é inconstitucionalmente omissa no que tange à instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas.

Mas o mais importante é assinalar que o problema está mal colocado quando se pensa apenas na “criação de novo imposto”. Não é disso que se trata. Trata-se da “criação de novas fontes de receita”. Um mínimo de conhecimento em Direito Tributário é suficiente para saber que tal possibilidade existe para todos os entes federativos, mediante uma de duas possibilidades: a) criação de taxas e contribuições de melhoria, quando cabível; b) aumento da alíquota ou ampliação da base de cálculo de impostos. Se, quanto a esta última, não existe muita liberdade, dada a matriz constitucional da hipótese de incidência, quanto à primeira possibilidade (aumento da alíquota), a única limitação efetiva é a vedação do tributo com efeito de confisco. Um pequeno grau de conhecimento da realidade brasileira revela que, por exemplo: a) é pouquíssimo utilizada em nosso país, por qualquer dos entes federativos, a instituição de contribuições de melhoria, permitindo-se assim a privatização dos benefícios

financeiros (valorização de imóveis) decorrentes de obras públicas; b) é bastante comum, para ficar apenas em três exemplos triviais, que a base de cálculo do IPTU, do ITBI e do ITR sejam subavaliadas pelos contribuintes sem contestação da Fazenda Pública, de modo que as receitas decorrentes destes impostos deveriam ser muito maiores, mesmo à luz da legislação já existente – o que demonstra que mesmo a simples adequação de práticas administrativas pode gerar aumento de receitas.

Parece assistir razão, assim, ao posicionamento de Lobo Torres, para quem

A criação direta de imposto pelo Judiciário fere os princípios da separação de poderes, do federalismo e da intangibilidade dos direitos de terceiros, além de ser improdutiva, pela inexistência de vinculação entre imposto e despesa pública. Mas **a ordem para que o Legislativo edite a lei necessária à apropriação dos recursos para a garantia dos direitos humanos, com a subsequente reformulação do orçamento, passa a ser vista como compatível com a separação de poderes e o federalismo, inserindo-se no novo contexto das relações entre o público e o privado, em que se torna inevitável o prejuízo e a responsabilidade dos mais ricos pela segurança dos direitos constitucionais dos mais pobres.** (1992, p. 104).

Se tal possibilidade existe, portanto, para a decisão judicial, com muito maior razão é plenamente possível que o ente público, que deverá, neste aspecto, estar representado na mediação pela Mesa da(s) Casa(s) Legislativa(s) e pela(s) Comissão(ões) encarregada(s) do exame da matéria, como já defendido no item 8.5, se comprometa a providenciar, pela via legislativa, o necessário aumento de arrecadação de receitas para fazer frente às suas competências.

O mesmo raciocínio se aplica a quaisquer alterações legislativas em normas de conteúdo meramente procedimental que se percebam necessárias durante o processo, assim como às hipóteses em que não existe, mas deva ser criada, legislação a respeito da política pública envolvida no conflito.

#### **8.10 A responsabilidade pelo pagamento do(s) mediador(es) e dos estudos técnicos necessários durante o processo**

A fim de garantir a imparcialidade na atuação do(s) mediador(es), os recursos para pagamento pelos seus serviços devem provir de uma fonte “neutra”, tal como o Fundo de Direitos Difusos criado pela Lei da Ação Civil Pública (artigos 13 e 17 da Lei 7.347).

É de todo conveniente que já exista regra prevendo expressamente a fonte de financiamento de tais serviços, a fim de facilitar a utilização de mediador(es) sempre que necessário em conflitos coletivos.

Cabe referir que o artigo 67 do PL 5139, na redação do substitutivo de 15.9.2009, previa:

As multas administrativas originárias de violações dos direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos reverterão a fundo gerido por conselho federal ou por conselhos estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da sociedade civil, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados e a **projetos destinados à prevenção ou reparação dos danos.** (grifei)

### **8.11 As etapas do processo de mediação de conflitos coletivos**

Delineadas as hipóteses de cabimento e os limites jurídicos para o acordo que pode vir a ser obtido durante um processo de mediação de conflitos coletivos, cabe agora detalhar de forma mais explícita as diferentes etapas nele envolvidas.

Passo a tratar de cada uma delas.

#### **8.11.1 Análise do contexto e identificação dos grupos e entes públicos participantes**

Antes de iniciar-se um processo de mediação, o(s) mediador(es) precisa(m) ter conhecimento do histórico de relacionamento (se existente) entre as partes, em especial no que toca à matéria do conflito.

Também precisa(m) ter suficiente clareza de quais grupos e entidades detêm *expertise* e/ou legitimidade política e/ou jurídica (ou seja, competência legal ou representatividade técnica, política ou social na matéria) para contribuir na construção de uma solução consensual para o problema que seja socialmente desejável, juridicamente admissível e cuja implementação seja viável.

Essa identificação pode se dar mediante a realização de entrevistas com “pessoas-chave”, em “instituições-chave”, que indicarão outras “pessoas e instituições-chave” que já atuam na matéria ou podem vir a contribuir com a solução do problema. Devem ser identificados, com o máximo detalhamento possível, quais os departamentos, de quais

organizações, podem vir a contribuir na construção da solução, bem assim as pessoas com experiência e formação adequadas para participar de um processo de mediação de forma pró-ativa, atuando como elo entre o interesse do grupo todo de encontrar uma solução e os interesses específicos da organização a que pertence. Deve ser ainda, se possível, verificada a disponibilidade de tempo de tais pessoas para participarem de um processo de mediação no qual atue como mediador aquele que está fazendo este levantamento preliminar.

Ao serem entrevistadas estas pessoas, o mediador poderá também levantar quais as informações relevantes para a solução do problema são detidas por cada um dos entes ou grupos participantes ou são reputadas relevantes mas ainda não estão disponíveis. Deve ainda, nestas entrevistas, buscar descobrir os principais pontos de convergência e de divergência entre as partes.

Esse levantamento de pontos convergentes e divergentes, bem assim de informações relevantes, disponíveis ou não, deverá nortear a delimitação da controvérsia e sinalizar um caminho para sua solução.

Esta análise preliminar deverá constar de um relatório escrito a ser entregue pelo mediador ao juízo, contendo: a) entes públicos, privados e entidades não-governamentais cuja participação no processo seja considerada relevante ou imprescindível, bem assim pessoas-chave em tais entes ou entidades que possam representá-los durante o processo de mediação; b) informações relevantes sobre o assunto que já estejam em poder de algum(ns) desses entes; c) informações relevantes que deverão ser apuradas durante o processo, com estimativa de tempo e recursos necessários para sua apuração; d) pontos convergentes e divergentes entre as partes identificadas acerca da solução do problema; e) estimativa de tempo necessário para a realização dos trabalhos.

### **8.11.2 Planejamento do processo**

O conteúdo do relatório referido, se aprovado pelo juízo (ou com eventuais modificações por este requeridas), deverá nortear uma proposta a ser apresentada pelo mediador ao grupo, na primeira sessão, na qual se explicitem os objetivos e os procedimentos da mediação, bem como se estabeleçam:

- a) uma agenda de sessões (passível de modificações posteriores, caso se verifique a necessidade);
- b) as “regras do jogo”, ou seja, estimativa de tempo a ser gasto em cada etapa, oportunidades de manifestação para cada participante, forma de alteração da agenda;
- c) a necessidade de disponibilização de informações e estudos técnicos disponíveis ao grupo;
- d) a necessidade de que cada um dos participantes se comprometa a participar de todas as sessões e, caso seja indispensável enviar um substituto, colocá-lo a par de tudo quanto já se discutiu durante o processo, bem como de que ambos disponham de poderes concedidos pela organização para representá-la durante o processo, inclusive firmando o acordo ao final obtido;
- e) a necessidade de cada um dos participantes reportar-se constantemente à sua organização no que diz respeito à viabilidade de cumprimento do acordo ao final firmado;
- f) a possibilidade de realização de novos estudos técnicos (na forma definida pelo grupo), se se entender necessário;
- g) o(s) local(is) de realização das sessões;
- h) a forma pela qual se facultará a participação do público nas sessões ou se receberão manifestações por escrito relacionadas ao problema discutido no processo (conforme a amplitude da política pública debatida, pode ser apropriado receber manifestações *on line* ou pelo correio, já que apenas uma minoria de pessoas, normalmente, tem condições de comparecer pessoalmente);
- i) a forma pela qual o grupo divulgará informações relativas ao processo junto à imprensa.

### 8.11.3 Sessões de mediação

A primeira etapa em qualquer processo de mediação é a explicitação dos objetivos e o planejamento do processo, tal como detalhado no item anterior.

Comprometido o grupo com o planejamento realizado, as sessões de mediação propriamente ditas incluirão: a) o **esclarecimento dos interesses** legítimos de cada ente ou grupo representado no processo, buscando dissociar interesses de posições; b) a troca de

informações e o esclarecimento de elementos fáticos e técnicos envolvidos no **diagnóstico do problema**; c) a criação ou apresentação de **opções para resolver o conflito**; d) a **análise destas opções**, à luz de todos os interesses legítimos envolvidos; e) a construção de uma solução que possa ser aceita consensualmente por todos os entes e grupos representados, bem como redação do acordo, com previsão de todos os elementos necessários à viabilização de seu cumprimento.

O primeiro momento compreende um processo auto-educativo para o grupo todo de quais são os reais interesses de cada um dos órgãos, entes ou grupos ali presentes – o que é importante para cada um deles e por quê.

Como aponta o trabalho da Policy Consensus Initiative (1999, p. 8-9),

A negociação baseada em interesses é uma das chaves para a obtenção de consenso. Quando as pessoas colaboram usando esta abordagem, elas identificam e enquadram as questões relevantes controvertidas, estudam cada uma delas, geram opções que possam atender a estas questões, e então selecionam algumas delas de uma maneira que possa levar em conta os interesses de todas as partes. Na negociação baseada em interesses, um negociador efetivo descobre *porque* uma pessoa ou grupo quer algo, mais do que o que eles querem. [...]

Porque os grupos interessados e os órgãos públicos são ambos partícipes na construção da decisão num processo que busca o consenso, os participantes precisam educar e persuadir uns aos outros sobre suas necessidades e interesses.<sup>298</sup>

O segundo momento, que envolve o compartilhamento de informações e dados relevantes em poder das partes na mediação, serve justamente para dar sustentação ao primeiro, aprofundando a compreensão sobre o problema para todo o grupo e também gerando, eventualmente, a percepção de que existem “peças faltando no quebra-cabeça”, ou seja, elementos fáticos a serem ainda apurados, a fim de completar o **diagnóstico** do problema. É evidente que a própria exatidão ou veracidade dos dados também pode eventualmente ser objeto de questionamento, gerando assim também a necessidade de uma verificação supervisionada pelo grupo.

Pode servir também, conforme a natureza das informações, para ingressar no terceiro e quarto momentos, em que se começam a discutir **alternativas de solução** do problema e sua **adequação**, ou, ainda, para gerar a percepção da necessidade de pareceres técnicos que precisem ser obtidos para construir alternativas ou avaliar as que já tenham sido colocadas.

---

<sup>298</sup> Tradução desta autora.

Nesta fase de desenvolvimento dos trabalhos, a depender do tamanho do grupo e da extensão da agenda, o mediador pode subdividir o grupo em oficinas temáticas para aprofundar em aspectos específicos e depois apresentar suas conclusões ao grupo todo.

Também é sempre possível que o mediador, em outro local e período, entre as sessões nas quais participa o grupo todo, ou no próprio local de realização das sessões, mas durante os intervalos para “descanso” ou café, tenha diálogos com um ou mais grupos envolvidos, a fim de ajudá-los a identificar de forma clara seus interesses ou a desenvolver propostas de opções de solução para o problema que atendam a seus interesses e simultaneamente aos interesses dos demais. Esta atuação, que pode ser oferecida ou solicitada, deve se dar conforme a necessidade de cada ente ou grupo, bem assim de acordo com a relação de confiança que se estabeleça entre eles e o mediador.

Caso se perceba, em qualquer das fases “b” a “d”, a necessidade de realizar estudos técnicos, deve-se passar à discussão do formato do estudo antes de se prosseguir a avaliação final das opções de solução do problema. Esta discussão deve ser empreendida de forma muito cuidadosa e detalhada, tal como se verá no item seguinte, a fim de potencializar a utilização dos resultados do estudo.

Por fim, é fundamental esclarecer que a sequência aqui descrita não significa que o processo de mediação de conflitos coletivos, com toda a complexidade objetiva e intersubjetiva que caracteriza este tipo de conflito, seja linear. Mais uma vez, vou recorrer às pertinentes observações constantes da descrição “passo a passo” das etapas do processo realizada pela Policy Consensus Initiative (1999, p. 62):

Frequentemente, depois que as partes compartilham suas percepções sobre as questões controvertidas e têm acesso a novos fatos e informações, elas podem então conjuntamente reenquadrar a controvérsia. Essa redefinição pode levar a novas análises e à descoberta de novos elementos do problema, o que por sua vez estimula novo reenquadramento das questões controvertidas. Esse ciclo continua até que as partes estejam satisfeitas com a forma de enquadramento da controvérsia e estejam prontas para começar a procurar formas de solucioná-la. O facilitador deve reservar tempo suficiente para esta fase durante as discussões; é pouco provável que as pessoas concordem sobre as soluções antes de concordarem sobre qual é o problema!

Uma outra razão essencial pela qual a discussão não evolui de forma linear são os fatores emocionais inevitavelmente presentes em qualquer conflito, como também aponta de modo elucidativo a publicação referida (1999, p. 62):



Quando as partes estão em conflito, suas percepções são afetadas por seus sentimentos. Por exemplo, se duas pessoas discordam sobre fatos mas são amigas há anos, elas terão diferentes percepções sobre o que está ocorrendo do que teriam se fossem tradicionalmente adversárias uma da outra. Se elas tiveram alguma dificuldade de relacionamento no passado, elas podem ter mais dificuldade de aceitar qualquer coisa que a outra pessoa diga. Se as pessoas estão iradas, receosas ou sentindo-se magoadas, suas emoções podem afetar sua capacidade de ouvir o que a outra pessoa está dizendo. Nestas situações, pode ser necessário dar a elas a chance de expressar seus sentimentos. Assim, as partes aprenderão mais sobre como suas ações e percepções estão afetando umas às outras e estas lições normalmente podem ajudar a aprimorar a qualidade e o desfecho das discussões.

Daí a importância de que, na fase preliminar, o mediador tenha um contato direto com cada uma das partes e tenha acesso a algumas informações essenciais sobre o histórico do relacionamento entre elas, quando existente.

#### 8.11.4 Realização de estudos técnicos

Para garantir que os estudos técnicos a serem realizados durante o processo sejam produtivos, é preciso definir, **antes do início** da realização do(s) estudo(s):

- a) quais são as matérias técnicas controvertidas – o enquadramento da controvérsia é de fundamental importância para delimitar o âmbito do estudo de forma clara; note-se que não cabe aqui requerer dos especialistas uma avaliação da oportunidade e conveniência da adoção de diferentes opções técnicas, mas sim uma descrição do potencial de cada uma delas para resolver o problema, bem como tempo e custos necessários para tal fim;
- b) especialmente quando se tratar da apuração de dados, qual a metodologia a ser adotada na investigação;
- c) quem preenche os requisitos de independência e qualificação técnica necessárias para realizar o estudo e para realizar eventuais esclarecimentos ao grupo, com a ajuda do mediador;
- d) de onde virão os recursos para pagar o estudo;
- e) quais serão os critérios para utilizar as conclusões provenientes do estudo.

A discussão e deliberação prévia e conjunta, intermediada pelo mediador, dos quatro primeiros itens previne quaisquer questionamentos posteriores quanto à capacitação técnica e imparcialidade das pessoas e instituições envolvidas na realização do estudo, bem como sobre

a adequação da metodologia utilizada e a abrangência das questões formuladas para ser objeto do estudo. A decisão consensualmente tomada acerca de cada um desses pontos há de ser formalizada por escrito, sendo a redação revisada pelo grupo para se assegurar de que todos os pontos foram compreendidos.

É bem possível, ainda, que, para se proceder à efetiva definição conjunta do primeiro item, qual seja, o enquadramento da controvérsia técnica existente, seja necessário um trabalho prévio de educação dos participantes que não detenham conhecimentos básicos sobre o tema. Para esse fim, o mediador pode definir com o grupo sobre a participação, proferindo palestras curtas, seguidas de questionamentos, de especialistas de órgãos técnicos do próprio Poder Público ou provenientes de instituições educacionais ou de pesquisa independentes.

Uma questão da maior importância na definição dos especialistas que realizarão o estudo é a frequente possibilidade de divergência técnica quanto à abordagem da controvérsia. Nem sempre pode ser fácil chegar a um consenso sobre qual o especialista a ser utilizado, já que esta escolha pode influenciar diretamente na metodologia empregada e, de consequência, nos resultados a serem obtidos. Uma alternativa possível é justamente compor um time de especialistas com diferentes abordagens, que aceitem trabalhar em equipe e elaborar um relatório final conjunto. Como aponta McCreary (1989, p. 379),

A elaboração de um texto único atende bem às recomendações de aprimoramento na forma pela qual informações científicas são utilizadas em processos decisórios. Um texto único pode ser um ponto focal para a coleta de informações úteis, e pode ser um documento que registra áreas de concordância entre os especialistas, bem como os fundamentos para discordâncias e incertezas.<sup>299</sup>

Já a prévia definição dos critérios para utilização das conclusões (que também deve ser feita por escrito) permite que seja construída uma **postura principiológica** dentro do grupo, pela qual não se pretenda definir como usar as conclusões apenas depois de conhecê-las, o que propiciaria posturas oportunistas e levaria certamente a um prolongamento indesejável das discussões, que possivelmente não seria baseado em princípios já debatidos e aceitos por todos.

---

<sup>299</sup> Tradução desta autora.

### **8.11.5 A necessidade de assegurar a representatividade de todos os participantes do processo**

Uma cautela fundamental a ser tomada pelo(s) mediador(es) durante todo o processo diz respeito a verificar se cada um dos participantes está mantendo devidamente informado o grupo, órgão ou ente que ele representa, bem assim trazendo eventuais ponderações pertinentes colocadas por eles com relação ao conteúdo dos debates, já que as soluções cogitadas durante o processo de mediação, normalmente, se inter-relacionam com outras políticas existentes no seio de cada organização e devem ser com estas compatibilizadas.

Não se pode jamais deixar de ter em conta que a fase de implementação do acordo, normalmente, não contará apenas com a atuação daqueles que estão presentes “à mesa”, mas ocorrerá no seio dos órgãos públicos que têm competência para atuar na matéria ou das organizações privadas, com ou sem fins lucrativos, que assumam compromissos estipulados no acordo.

Cada um dos representantes de tais organizações ou grupos deve funcionar, portanto, como elo entre elas e os demais participantes do processo, assegurando-se de que o compromisso ao final firmado seja efetivamente um compromisso institucional ou do grupo representado ou, no caso de grupo que não assuma obrigações, assegurando-se que este entenda que seus interesses de fato foram contemplados satisfatoriamente no acordo.

### **8.11.6 Redação do acordo**

O conteúdo do acordo final, que deve ser redigido com a participação equânime de todos os órgãos públicos, entes privados e grupos sociais representados, deverá incluir, no mínimo:

- a) descrição de todos os participantes no processo e sua participação (em termos de frequência) em cada uma das sessões de mediação;
- b) descrição simplificada das pautas e resultados de cada uma das sessões de mediação;
- c) todos os elementos de fato e de direito que foram levados em conta no seu conteúdo;
- d) definição clara de ações a serem empreendidas, com os respectivos prazos e entes responsáveis;

- e) definição dos responsáveis pelo monitoramento do cumprimento de cada uma das ações e da metodologia a ser adotada para tal fim;
- f) definição de sanções específicas para eventual descumprimento de cada uma das ações;
- g) previsão de recurso preferencial à mediação caso se verifiquem elementos novos (fatos ou conhecimentos técnicos) que justifiquem a sua revisão e não seja alcançado um consenso sobre o conteúdo de tal revisão mediante negociação direta entre as partes.

#### **8.11.7 Da previsão de prazos, sanções e do monitoramento do cumprimento**

Por fim, não podemos deixar de mencionar que, por melhor que tenha sido o acordo desenhado pelas partes durante um processo de mediação, por mais evolução que se tenha verificado no seu relacionamento e por mais que se tenha construído confiança e capacidade de diálogo, é preciso lembrar que os dirigentes de órgãos públicos estão sujeitos a pressões de diversas naturezas, trocas de comando periódicas motivadas não apenas pela alternância no poder por conta das eleições, mas também por outras razões de natureza política (o que é particularmente acentuado pelo imenso número de cargos em comissão e funções de confiança na estrutura pública brasileira).

Assim, o acordo deve necessariamente incluir:

- a) previsão de etapas para implementação de cada uma das obrigações assumidas, com prazos respectivos;
- b) definição dos responsáveis pelo monitoramento da implementação de cada uma dessas etapas e da metodologia a ser empregada para este fim;
- c) sanções específicas para o descumprimento de cada uma das obrigações pactuadas, de preferência atingindo pessoalmente as autoridades em posição de determinar e viabilizar o seu cumprimento, e não simplesmente penalizando o erário com a instituição de multas que serão suportadas, ao final, por toda a coletividade.

Sobre a implementação do monitoramento, é de todo adequado que esta conte com a participação de entidades sem fins lucrativos, externas à estrutura do Poder Público. Tal solução já foi adotada, por exemplo, pela Corte Constitucional sul-africana em caso no qual esta determinou ao Poder Público a criação de uma política pública adequada para atender às

peças desprovidas de moradia. Neste interessante caso, *Grootboom and others vs. Government of South Africa and others*, bastante mencionado na doutrina, Maurício Júnior chama a atenção para a inteligente solução encontrada pela corte no que se refere ao monitoramento dos efeitos da decisão: “para a fiscalização do cumprimento da decisão, a Corte nomeou um órgão independente, no caso a Comissão de Direitos Humanos” (2009, p. 257).

À entidade incumbida do monitoramento devem ser atribuídos poderes para requisitar informações de quem de direito, relacionadas ao cumprimento do acordado, sob pena de requisição judicial. Deve-se ainda definir uma obrigação de periodicamente informar ao juízo sobre as condições de cumprimento das obrigações estipuladas, bem como sobre eventual necessidade de revisão dos termos do acordo e, quando for o caso, submeter ao juízo proposta que tenha sido consensualmente elaborada pelas partes envolvidas no ajuste, para fins de homologação.

#### **8.11.8 Avaliação do processo**

A realização de uma avaliação do processo de mediação pelos participantes pode ser um excelente instrumento para o aprimoramento da utilização de um instrumento novo como esse nas ações coletivas.

Ela pode ser útil para, por exemplo:

- a) fornecer subsídios para a seleção de mediadores em outros conflitos;
- b) fornecer subsídios para a seleção de especialistas para a realização de estudos técnicos;
- c) fornecer subsídios sobre o desenvolvimento adequado do processo, seja em termos de tempo utilizado para cada fase, seja em termos de etapas necessárias, seja ainda em termos de oportunidades de participação efetiva de cada um dos entes ou grupos na construção da solução;
- d) propiciar uma avaliação dos benefícios identificados para o relacionamento entre os participantes;
- e) propiciar uma avaliação da qualidade da solução obtida e sua relação com a utilização do processo de construção de consenso, ou seja, em que medida a

solução é ou não melhor do que a que poderia ser obtida de qualquer outra forma, dentro ou fora do processo judicial.

O setor que atua especificamente com os conflitos que envolvem políticas públicas no MACRO, Departamento de Mediação existente junto ao Poder Judiciário em Maryland, desenvolveu um questionário de avaliação que pode ser utilizado como referência neste sentido, cujo conteúdo é o que segue:

- “1. Nome (opcional)
2. Área de interesse representada: \_\_\_\_\_
3. Número de reuniões de que participou: \_\_\_\_\_
4. Antes deste projeto, indique seu nível de experiência utilizando os processos abaixo listados, numa escala de 0 (nenhuma experiência) a 10 (sou especialista no assunto):  
 - negociação; - conciliação em juízo; - audiências públicas; - processo judicial tradicional; - elaboração negociada de regulamentos administrativos; - mediação; - arbitragem; - facilitação de reuniões entre grupos interessados buscando a construção de consenso sobre um problema.  
 Para as questões 5 a 27, responda às assertivas usando uma pontuação de 0 (discordo totalmente) a 10 (concordo totalmente):
5. Antes de participar de qualquer das reuniões facilitadas, eu senti que havia uma chance razoável de chegar a um consenso sobre recomendações acerca do problema.
6. Os facilitadores explicaram claramente o processo.
7. Depois que o processo me foi explicado, eu achei que havia uma chance razoável de chegar a um consenso sobre as recomendações acerca do problema.
8. Nas reuniões de que participei, eu me senti à vontade para falar com sinceridade sobre os reais interesses do grupo que eu representava.
9. A quantidade de tempo exigida para participar desse processo excedeu minha disponibilidade.
10. Os grupos necessários para chegar a um consenso nas recomendações sobre o problema estavam todos representados no processo.
11. Meus relacionamentos de trabalho com os demais grupos participantes desse processo que têm interesses opostos ao meu grupo melhoraram desde o início do processo.
12. Todos os grupos foram suficientemente flexíveis em todas as questões importantes.
13. O facilitador entendeu as preocupações do grupo que eu represento.
14. O facilitador nos ajudou a gerenciar bem o tempo e a agenda.
15. Desde o início deste processo, minha visão sobre o problema não se alterou.
16. Desde o início deste processo, eu tive acesso a novas informações sobre o problema.
17. De um modo geral, o processo de facilitação foi justo.
18. Em minha opinião, as opções de solução e as recomendações desenvolvidas pelos participantes durante o processo foram adequadas e apropriadas.

19. Se tivessem sido utilizadas negociações diretas, sem a facilitação de um terceiro, provavelmente teria sido necessário muito mais tempo para chegar às mesmas conclusões.
20. As recomendações que o grupo desenvolveu são viáveis.
21. As várias conclusões e recomendações resolvem adequadamente o problema e as questões que buscamos enfrentar.
22. No geral, eu creio que a logística das reuniões (local, disposição da sala de reuniões, refeições, horário e duração das reuniões, comunicações sobre as mesmas, etc) foi gerida de forma excelente.
23. Em minha opinião, os resumos escritos e a documentação fornecida aos participantes foram excelentes.
24. Fiquei satisfeito, de um modo geral, com os serviços prestados pelos facilitadores.
25. De um modo geral, o processo de facilitação foi claro e seguiu um fluxo lógico.
26. Se eu vier a me envolver em um conflito similar, eu ficaria satisfeito em trabalhar com o mesmo facilitador.
27. Eu recomendaria este tipo de processo para outros grupos em situação similar.
28. Quais são suas mais importantes recordações deste processo e seus resultados?
29. Outros comentários?”<sup>300</sup>.

Uma das necessidades de adaptação evidentes é que, no processo para o qual o questionário foi formulado, buscava-se apenas elaborar “recomendações”, o que não há de ser normalmente o caso na mediação em ações coletivas.

Para que qualquer avaliação como essa possa ter sentido, cabe ressaltar a necessidade de que **todos** os participantes do processo respondam a ela imediatamente após a conclusão dos trabalhos, preferencialmente sem se identificarem.

## 8.12 Propostas de alteração na legislação das ações coletivas

As ideias aqui defendidas podem e devem constar da nova legislação para as ações coletivas. Cabe, assim, sintetizá-las.

I - As ações individuais que versem sobre a proteção de direitos fundamentais afetados por políticas públicas devem ser convertidas em ações coletivas sempre que se verificar a possibilidade de um universo de pessoas se encontre na mesma situação do autor, chamando-se o Ministério Público para o polo ativo da ação. As ações individuais posteriormente ajuizadas devem ser extintas sem julgamento do mérito por litispendência, justamente pela impossibilidade de tratamento individualizado da

---

<sup>300</sup> Original em inglês fornecido por Ramona Buck, Diretora do Programa de Gestão de Conflitos que envolvem Políticas Públicas do MACRO.

questão, devendo eventuais pedidos de antecipação de tutela ser apreciados na ação coletiva.

II - Os entes públicos responsáveis pelo adimplemento das obrigações relacionadas à proteção dos direitos fundamentais envolvidos, caso não tenham sido incluídos pelo autor no polo passivo da ação, deverão ser intimados a participar da relação processual.

III - Em caso de necessidade de análise de uma possível antecipação de tutela ou outra espécie de solução provisória para o conflito, deverá ser obrigatoriamente realizada uma sessão de mediação a fim de buscar obter uma solução provisória para o conflito.

IV - Deverá ser obrigatoriamente realizada tentativa de conciliação, para casos de pequena complexidade, ou de mediação, para casos de maior complexidade, a ser aferida pelo juiz em cada caso.

V - O procedimento de mediação não estará limitado ao pedido e à causa de pedir, mas sim à relação de direito material subjacente.

VI - Deverão ser convidadas a participar do procedimento de mediação todas as entidades sem fins lucrativos que atuem na área objeto do conflito, podendo-se definir, conforme o número de entidades, que elas devam escolher um ou mais representantes para se fazer presentes a todas as sessões de mediação.

VII - O mediador será designado pelo juízo em atenção à sua experiência na facilitação de processos decisórios complexos, conhecimento razoável da matéria envolvida no conflito e ausência de conflitos de interesses em relação a qualquer uma das partes, que deverão ser ouvidas a respeito.

VIII - O mediador inicialmente designado deverá preparar um relatório preliminar de avaliação do contexto, onde, após contato direto com cada uma das partes afetadas ou entidades que as representem, descreverá:

- a) os atores envolvidos no conflito ou que devam nele ser representados;
- b) os principais pontos de convergência e divergência entre as partes;
- c) os dados já existentes sobre o problema e onde eles se encontram;
- d) os estudos técnicos que possam ser necessários para esclarecer a controvérsia ou soluções para a mesma;
- e) uma agenda e calendário de sessões de mediação que se estime necessárias para se chegar a um consenso.



IX - Os documentos ou informações constantes do relatório preliminar ou que venham a ser identificados durante o processo, caso não sejam espontaneamente apresentados, poderão ser objeto de requisição judicial, cominando-se multa diária para o caso de descumprimento, passível de execução imediata.

X - As sessões de mediação incluirão, necessariamente:

- a) diagnóstico do problema;
- b) apresentação de propostas de solução;
- c) ponderação de todas as propostas apresentadas.

As partes deverão portar-se de acordo com os princípios da boa fé e da cooperação, reportando-se ao juízo comportamentos inadequados que justifiquem eventual substituição do representante de órgão público, entidade ou grupo de pessoas afetadas. O mediador poderá, em qualquer momento do processo de mediação, reunir-se privadamente com uma ou mais partes com o propósito de contribuir para qualquer dos três propósitos mencionados.

XI - Muito embora devam ser designados representantes para expressar e articular os interesses de cada um dos entes públicos e grupos sociais afetados, outros interessados poderão assistir às sessões de mediação, devendo ser reservado espaço ao final de cada sessão para que possam manifestar-se oralmente sobre a temática debatida naquela sessão ou apresentar por escrito ponderações acerca da temática debatida em qualquer uma das sessões.

XII - Se for necessária a realização de estudos técnicos, deverão ser objeto de debate coletivo:

- a) a escolha das pessoas ou entidades que realizarão o estudo;
- b) o tempo e custos necessários para sua realização;
- c) o objeto do estudo e a metodologia a ser empregada;
- d) os critérios para utilização de suas conclusões.

XIII - O acordo ao final obtido deverá conter, no mínimo:

- a) obrigações estipuladas e entes responsáveis pelo seu adimplemento, acompanhadas da devida justificação;
- b) prazos para o cumprimento de cada obrigação e responsáveis pelo respectivo monitoramento;

- c) sanções específicas para o descumprimento de cada uma das obrigações estipuladas.

XIV - O acordo poderá prever, sempre que cabível:

- a) metas para implementação das políticas públicas questionadas;
- b) sistemas de avaliação da eficiência das medidas implementadas pela Administração;
- c) obrigação de criação de novas fontes de receitas orçamentárias ou alocação de receitas já existentes;
- d) possibilidade de alteração de normas que sejam de natureza meramente instrumental.

XV - Para a homologação do acordo pelo juízo competente, os seguintes critérios deverão ser levados em conta:

- a) respeito aos parâmetros constitucionais e legais (de direito material) existentes;
- b) demonstração da viabilidade de seu cumprimento;
- c) demonstração de que o processo propiciou a participação efetiva de todos os interessados, de que foram levantados os dados relevantes disponíveis e foram realizados os estudos técnicos necessários;
- d) previsão clara de obrigações, prazos, responsabilidades pelo monitoramento do acordo e sanções em caso de descumprimento.

XVI - Poderão ser utilizados recursos do Fundo de Direitos Difusos para pagamento dos honorários do(s) mediador(es) e para realização de estudo(s) técnico(s) necessário(s).

## **IX – CONCLUSÕES**

Procurando responder às hipóteses centrais desta pesquisa, creio ter sido possível extrair dela as conclusões que passo a descrever.

1- A crescente utilização dos meios consensuais de solução de conflitos se insere num quadro histórico em que a ciência reconhece cada vez mais a interdependência dos fenômenos por ela estudados, e a insuficiência dos métodos tradicionais para dar conta da complexidade de tais fenômenos. Ela se justifica seja à luz dos postulados da física quântica e do pensamento holístico-ecológico, seja à luz da teoria do agir comunicativo, seja à luz da filosofia da libertação, seja como decorrência do pensamento democrático ou, ainda, do movimento pela efetividade do acesso à justiça ou daquele pelo incremento no desenvolvimento institucional.

2- A mediação de conflitos ou, na impossibilidade de sua utilização, a conciliação ou a negociação direta, consistem nos métodos mais apropriados para a solução de conflitos envolvendo entes públicos, devendo haver, contudo, atenção especial no que se refere à capacitação e às diretrizes éticas que devem nortear a atuação de mediadores, especialmente tendo em conta a ocorrência comum de desequilíbrio de poder entre as partes.

3- Apesar de já existirem algumas previsões normativas autorizando (mas, quase sempre sem definir os critérios para tal fim) a celebração de acordos em juízo por entes públicos, a legislação necessita de urgentes alterações e complementações, que podem ser assim sintetizadas:

- a) previsão do dever de avaliação de riscos de sucumbência toda vez que o Poder Público estiver no polo passivo de uma ação, bem assim do dever de análise das chances de êxito (não apenas no sentido de ganho processual, mas também no sentido de ganho econômico) em todas as hipóteses de possível ajuizamento de uma ação por ente público;
- b) previsão de que a avaliação de riscos deverá contemplar análise fática e jurídica, devendo ser realizada logo no início do processo, bem como sempre que houver qualquer novo elemento relevante (como, em matéria de direito, a edição de nova Súmula Vinculante do STF, Súmula ou parecer vinculante da AGU ou Súmulas de tribunais em geral, bem assim toda vez que houver decisão definitiva em cada instância judicial e, em matéria de fato, após o encerramento da instrução processual ou a produção de qualquer prova suficiente para esclarecer a controvérsia fática);
- c) previsão de que a análise dos riscos em matéria fática deve ser realizada em conjunto com a(s) área(s) técnica(s) competente(s) no assunto, e de que a análise de riscos jurídicos deve ser realizada por comitê constituído para tal fim em cada

órgão da Advocacia de Estado, do qual devem participar necessariamente advogados que atuam junto a tribunais superiores e advogados que atuam na esfera consultiva relativa ao direito material aplicável ao caso;

- d) previsão do dever de reconhecimento do pedido, de não interposição ou desistência de recurso em caso de matéria que se verifique incontroversa já no início da ação ou durante o seu curso, conforme o caso, conforme parecer do **comitê de avaliação de risco** e do advogado atuante no caso;
- e) previsão do dever de tentativa de celebração de transação em matéria controversa, sempre que se verificar risco significativo de perda (aí entendido o risco superior a 60%, conforme critérios de avaliação de risco a serem regulamentados);
- f) previsão do dever de fundamentar a celebração (ou não) de transação, em determinados momentos processuais específicos (durante a audiência de conciliação, após a sentença ou decisão de segunda ou terceira instância desfavorável ao Poder Público);
- g) previsão de responsabilização do advogado atuante no caso e da chefia imediata pelos acréscimos decorrentes da ausência de tentativa de celebração de transação quando esta teria sido altamente recomendável, conforme percentuais de risco identificados pelo comitê de avaliação de risco;
- h) previsão de publicação dos extratos de acordos celebrados no sítio eletrônico do(s) órgão(s) envolvido(s) e no jornal oficial correspondente.

4- Na esfera administrativa, também é possível identificar as seguintes diretrizes mínimas com o propósito de impulsionar a utilização de meios consensuais neste âmbito, as quais podem vir a ser incluídas na Lei 9.784, de 1999, ou em legislação nacional sobre o assunto:

- a) obrigatoriedade de todo órgão público oferecer sistema de recebimento de requerimentos administrativos, no qual esteja assegurada análise acurada dos fundamentos fáticos e jurídicos (estes com a participação do respectivo órgão da Advocacia de Estado) e o deferimento parcial ou integral do pedido sempre que se tratar de direito incontroverso, bem assim, quando se tratar de matéria controversa, a possibilidade de celebração de transação na esfera administrativa (inclusive no

que tange a direitos indisponíveis), sempre que for elevado o risco de sucumbência na esfera judicial;

- b) a previsão de oferta obrigatória de sistema de mediação ou conciliação por parte de entes públicos, de utilização facultativa para o administrado, no qual a escolha do mediador ou conciliador de comum acordo entre as partes, e o acordo eventualmente celebrado seja definitivo, sujeitando-se à revisão judicial apenas em caso de nulidade absoluta;
- c) previsão da obrigatoriedade de que os mediadores e conciliadores atuantes em tais sistemas sejam devidamente treinados, de que o sistema seja de utilização gratuita para os administrados e de que este contemple mecanismos de avaliação e monitoramento de resultados;
- d) previsão de publicação dos extratos de acordos celebrados no(s) sítio(s) eletrônico(s) do(s) órgão(s) envolvido(s) e no jornal oficial correspondente.

5- Cabe, ainda, a ampliação ou início da utilização da mediação em diversos outros espaços que integram a estrutura do Poder Público, quais sejam, as Ouvidorias, os órgãos de controle interno e externo, os procedimentos de desapropriação ou de demarcação de terras indígenas ou de quilombolas, os pleitos e reclamações formulados por particulares na esfera administrativa, os órgãos de supervisão de profissões regulamentadas, a elaboração de atos normativos de especial relevância, os conflitos entre entes públicos, os conflitos entre servidores públicos e os entes públicos que os empregam, os conflitos no local de trabalho, bem assim nos programas de mediação comunitária.

6- O projeto de lei referente à transação entre Poder Público e cidadãos em matéria tributária merece vários aprimoramentos, em observância sobretudo aos princípios da isonomia e da eficiência.

7- Não é possível falar em distintos graus de eficácia jurídica de diferentes direitos (ou categorias de direitos) fundamentais, em especial tendo em conta o princípio da interdependência ou indivisibilidade entre tais direitos, sendo possível reconhecer, tão somente, determinados limites à atuação jurisdicional no que diz respeito ao aspecto positivo de qualquer direito fundamental, notadamente a discricionariedade de meios dos Poderes Executivo e Legislativo.

8- Não sendo possível a tutela específica de direitos fundamentais, é cabível a responsabilização do Poder Público sempre que se verificar uma omissão inconstitucional.

9- No que se refere aos conflitos de dimensão coletiva, o estudo realizado demonstra a necessidade das seguintes alterações na legislação para as ações coletivas (e correspondente implementação):

- a) as ações individuais que versem sobre a proteção de direitos fundamentais afetados por políticas públicas devem ser convertidas em ações coletivas sempre que se verificar a possibilidade de um universo de pessoas se encontre na mesma situação do autor, chamando-se o Ministério Público para o polo ativo da ação; as ações individuais posteriormente ajuizadas devem ser extintas sem julgamento do mérito por litispendência, justamente pela impossibilidade de tratamento individualizado da questão, devendo eventuais pedidos de antecipação de tutela ser apreciados na ação coletiva;
- b) todos os entes públicos responsáveis pelo adimplemento de obrigações relacionadas à proteção dos direitos fundamentais envolvidos, caso não tenham sido incluídos pelo autor no polo passivo da ação, deverão ser intimados a participar da relação processual;
- c) em caso de necessidade de análise de uma possível antecipação de tutela ou outra espécie de solução provisória para o conflito, deverá ser obrigatoriamente realizada uma sessão de mediação a fim de buscar obter uma solução provisória para o conflito;
- d) deverá ser obrigatoriamente realizada tentativa de conciliação, para casos de pequena complexidade, ou de mediação, para casos de maior complexidade, a ser aferida pelo juiz em cada caso;
- e) o procedimento de mediação não estará limitado ao pedido e à causa de pedir, mas sim à relação de direito material subjacente;
- f) deverão ser convidadas a participar do procedimento de mediação todas as entidades sem fins lucrativos que atuem na área objeto do conflito, podendo-se definir, conforme o número de entidades, que elas devam escolher um ou mais representantes para se fazer presentes a todas as sessões de mediação;

- g) o mediador será designado pelo juízo em atenção à sua experiência na facilitação de processos decisórios complexos, conhecimento razoável da matéria envolvida no conflito e ausência de conflitos de interesses em relação a qualquer uma das partes, que deverão ser ouvidas a respeito;
- h) o mediador inicialmente designado deverá preparar um relatório preliminar de avaliação do contexto, onde, após contato direto com cada uma das partes afetadas ou entidades que as representem, descreverá: I - os atores envolvidos no conflito ou que devam nele ser representados; II - os principais pontos de convergência e divergência entre as partes; III - os dados já existentes sobre o problema e onde eles se encontram; IV - os estudos técnicos que possam ser necessários para esclarecer a controvérsia ou soluções para a mesma; V - uma agenda e calendário de sessões de mediação que se estime necessárias para se chegar a um consenso;
- i) os documentos ou informações constantes do relatório preliminar ou que venham a ser identificados durante o processo, caso não sejam espontaneamente apresentados, poderão ser objeto de requisição judicial, cominando-se multa diária para o caso de descumprimento, passível de execução imediata;
- j) as sessões de mediação incluirão, necessariamente: I - diagnóstico do problema; II - apresentação de propostas de solução; III - ponderação de todas as propostas apresentadas; as partes deverão portar-se de acordo com os princípios da boa fé e da cooperação, reportando-se ao juízo comportamentos inadequados que justifiquem eventual substituição do representante de órgão público, entidade ou grupo de pessoas afetadas; o mediador poderá, em qualquer momento do processo de mediação, reunir-se privadamente com uma ou mais partes com o propósito de contribuir para qualquer dos três propósitos mencionados;
- k) muito embora devam ser designados representantes para expressar e articular os interesses de cada um dos entes públicos e grupos sociais afetados, outros interessados poderão assistir às sessões de mediação, devendo ser reservado espaço ao final de cada sessão para que possam manifestar-se oralmente sobre a temática debatida naquela sessão ou apresentar por escrito ponderações acerca da temática debatida em qualquer uma das sessões;

- l) se for necessária a realização de estudos técnicos, deverão ser objeto de debate coletivo: I – a escolha das pessoas ou entidades que realizarão o estudo; II - o tempo e custos necessários para sua realização; III - o objeto do estudo e a metodologia a ser empregada; IV - os critérios para utilização de suas conclusões;
- m) o acordo ao final obtido deverá conter, no mínimo: I - obrigações estipuladas e entes responsáveis pelo seu adimplemento, acompanhadas da devida justificação; II - prazos para o cumprimento de cada obrigação e responsáveis pelo respectivo monitoramento; III - sanções específicas para o descumprimento de cada uma das obrigações estipuladas;
- n) o acordo poderá prever, sempre que cabível: I - metas para implementação das políticas públicas questionadas; II - sistemas de avaliação da eficiência das medidas implementadas pela Administração; III - obrigação de criação de novas fontes de receitas orçamentárias ou alocação de receitas já existentes; IV - possibilidade de alteração de normas que sejam de natureza meramente instrumental;
- o) para homologação do acordo pelo juízo competente, os seguintes critérios deverão ser utilizados: I - respeito aos parâmetros constitucionais e legais (de direito material) aplicáveis; II - viabilidade de seu cumprimento; III - demonstração de que o processo propiciou a participação efetiva de todos os interessados, de que foram levantados os dados relevantes disponíveis e foram realizados os estudos técnicos necessários; IV - previsão clara de obrigações, prazos, responsabilidades pelo monitoramento do acordo e sanções em caso de descumprimento;
- p) poderão ser utilizados recursos do Fundo de Direitos Difusos para pagamento dos honorários do(s) mediador(es) e para realização de estudo(s) técnico(s) necessário(s).

O tema objeto desta pesquisa é instigante, complexo e desafiador. Buscar apontar como novos instrumentos de solução de controvérsias podem dar conta de históricos problemas relacionados à eficácia de direitos fundamentais que dependem de uma atuação do Poder Público certamente não é tarefa fácil.

Entretanto, todo ser humano tem condições de perceber que o valor da tarefa, muitas vezes, é diretamente proporcional à sua complexidade e ao decorrente esforço necessário para sua realização.



Espero ter dado conta, nestas linhas, de demonstrar a necessidade e utilidade do emprego das novas tecnologias de solução de conflitos com o propósito de enfrentá-los de forma ao mesmo tempo justa e eficiente. Os fenômenos conflitivos não apresentam, em si, qualquer aspecto negativo – desoladora e inaceitável, porém, é a inércia e a recusa em buscar uma solução efetiva.

Esta eventual inércia coloca em risco, numa sociedade caracterizada pela interdependência, não apenas os diretamente envolvidos nos conflitos não resolvidos ou resolvidos de forma inadequada. Ela afeta a sociedade como um todo – todos deixamos de aprender, de evoluir e de nos aprimorar quando as partes em um conflito chegam a um impasse ou a uma solução que a ninguém atende, notadamente quando uma delas (o Estado) existe e deveria funcionar em benefício de toda a coletividade.

Mais do que “nos livrar” dos conflitos, precisamos entender a necessidade de construir uma nova postura, diferente daquela que os criou: a postura do diálogo, do reconhecimento da existência do outro e de suas necessidades, acompanhada da criatividade na construção de soluções inclusivas e bem ponderadas.

Aprendendo de experiências já existentes e refletindo sobre nossas necessidades, a fim de formular propostas adequadas para nossos problemas, minha única ambição é que os caminhos que trilhei possam vir a contribuir para o aprimoramento de nosso sistema normativo e institucional, mas sobretudo possam servir para o desenvolvimento de uma autêntica cultura da paz e da colaboração em prol da coletividade com que todos sonhamos.

## 12 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2ª edição. Madrid: Trotta, 2004.

ADAMS, Luís Inácio Lucena; MARTINS FILHO, Luiz Dias. A transação no Código Tributário Nacional (CTN) e as novas propostas normativas de lei autorizadora. *In*: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (orgs.). **Transação e arbitragem no âmbito tributário**: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 15-41.

AGUILLAR, Fernando Herrén. **Control social de servicios públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALBERSTEIN, Michal. Forms of mediation and law: cultures of dispute resolution. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**. Vol. 22, 2007. p. 321-361.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

\_\_\_\_\_. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Nº 217. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 55-66.

\_\_\_\_\_. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Nº 217. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 67-80.

ALMEIDA, Carlos Wellington Leite de. Controle externo e técnicas de mediação: a busca de soluções com foco no interesse público. **Revista do Tribunal de Contas da União** n. 98. Brasília, 2003.

ALMEIDA, Tania. Século XXI: a mediação de conflitos e outros métodos não-adversariais de resolução de controvérsias. **Resultado** – Revista de Mediação e Arbitragem Empresarial. Brasília: CBMAE, a. II, n. 18, p. 9-11, mar./abr. 2006.

\_\_\_\_\_. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. *In*: CASELLA, Paulo de Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). **Mediação de conflitos e acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 93-102.

ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación y el acceso a justicia**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.

\_\_\_\_\_. **La visión del conflicto y su resolución en el nuevo perfil del abogado**. Disponível em: <<http://www.fundaciónlibra.com.br>>. Acesso em 20.7.2006.

\_\_\_\_\_. Ser um mestre em mediação? *In*: CASELLA, Paulo de Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). **Mediação de conflitos e acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 39-47.

ALONSO JÚNIOR, Hamilton. A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. *In*: MILARÉ, Édís (coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 207-219.

ALVES, Adler Anaximandro de Cruz e. A atuação cidadã da AGU na redução da litigiosidade envolvendo o Instituto Nacional do Seguro Social: considerações acerca de instrumentos de ação da AGU capazes de promover o amplo reconhecimento de direitos sociais. **Revista da Advocacia-Geral da União**. Ano IX. N. 23. Brasília, 2010, p. 7-46.

AMARAL, Alexandra da Silva. **Princípios estruturantes das agências reguladoras e os mecanismos de controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Mediação – um instrumento judicial para a paz social. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, n. 87, p. 134-137, set. de 2006.

ANDRADE, Fernando Gomes de. Controle judicial na ação e omissão dos demais poderes concernentes à efetividade dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88. Análise crítica da atuação do STJ e STF. SCAFF, Fernando Facury (org.). **Constitucionalismo, tributação e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ANNONI, Danielle. **O direito humano de acesso à justiça no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

ANTES, James R.; SAUL, Judith A. Staying on track with transformative practice: how do we know if mediators have internalized the framework? Disponível em: <<http://www.transformativemediation.org/initiatives.htm>> Acesso em 20.1.2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A legitimação democrática das agências reguladoras. *In*: BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 1-20.

\_\_\_\_\_. A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo. *In*: SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 1-22.

ARANGO, Rodolfo. Fundamento filosófico de los DESC. **Derechos Económicos, Sociales y Culturales**. México: Programa de Capacitación sobre Derechos Humanos. Disponível em <<http://www.pdhumanos.org/libreria/libro6.html>>. Acesso em 23.1.2007.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>>. Acesso em 8.4.2007.

AZEVEDO, André Gomma de. **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. V. 1. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

\_\_\_\_\_. **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. V. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.

\_\_\_\_\_. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista. In: CASELLA, Paulo de Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). **Mediação de conflitos e acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 17-38.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Economia dos Contratos. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 102-136.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 192-193.

BARBOSA, Denis Borges. **Nota sobre o uso da transação pela Administração Pública**. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/transigir.doc>> Acesso em 5.9.2010.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais sociais: uma abordagem democrática no discurso constitucional atual. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Direito e discurso: discursos do direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 173-197.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. Controle jurídico e controle político-social das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: limites e possibilidades. In: **Seminário: Implementação Jurisdicional de Políticas Públicas**, realizado pela Escola Superior do Ministério Público Federal do Paraná, Curitiba, 28 e 29 de junho de 2006.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**. No. 15. Salvador: jan-mar 2007.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle jurisdicional de políticas públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras – Constituição, transformação do Estado e legitimidade democrática. *In*: BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 59-87.

\_\_\_\_\_. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Vol. 1. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2001, p. 15-59.

BARTUNKE, Jean M.; KOLB, Deborah M.; LEWICKI, Roy J. Bringing conflict out from behind the scenes – private, informal and nonrational dimensions of conflict in organizations. *In*: KOLB, Deborah M.; BARTUNEK, Jean M. (ed.). **Uncovering behind the scenes disputes**. SAGE: 1992, p. 209-228.

BASÍLIO, Ana Tereza Palhares. Projeto de lei de mediação obrigatória e a busca da pacificação social. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 4, n. 13, p. 39-57, abr./jun. 2007.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1963.

BERCOVICI, Gilberto. Políticas públicas e o dirigismo constitucional. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Vol. 3. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003, p. 171-183.

BERNARDO, Leandro Ferreira. A Câmara de Conciliação e o novo papel da Advocacia-Geral da União. **Revista Virtual da AGU**. N. 103. Agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>> Acesso em 24.9.2010.

BERTOLO, Patrícia Batista. A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal: uma visão de futuro. Disponível em: <<http://www.direito2.com.br/agu/2008/nov/28/a-camara-de-conciliacao-e-arbitragem-da-administracao-federal-uma>> Acesso em 24.9.2010.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. *In*: SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 117-169.

BINGHAM, Lisa Blomgren; NABATCHI, Tina; SENGGER, Jeffrey M.; JACKMAN, Michael Scott. Dispute resolution and the vanishing trial: comparing federal government litigation and ADR outcomes. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**. N. 24, p. 225-249.

BIRKE, Richard. Evaluation and facilitation: moving past either/or. **Journal of Dispute Resolution**. N. 309. University of Missouri, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOFF, Leonardo. **Princípio-Terra: a volta à Terra como pátria comum**. São Paulo, Ática, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da Democracia Participativa**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOWLING, Daniel; HOFFMAN, David. Bringing peace into the room: the personal qualities of the mediator and their impact on the mediation. *In*: BOWLING, Daniel; HOFFMAN, David (orgs.). **Bringing peace into the room: how the personal qualities of the mediator impact the process of conflict resolution**. San Francisco: Jossey-Bass, 2003, p. 13-48.

BRENOWITZ, Stephanie. Deadly secrecy: the erosion of public information under private justice. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**. Vol. 19, n. 679, 2004.

BRUNA, Sérgio Varella. **Agências reguladoras – poder normativo, consulta pública, revisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUSH, Robert A. Baruch. Handling workplace conflict: why transformative mediation? **Hofstra Labor and Employment Law Journal**. Vol. 18. Spring 2001. p. 367-371.

\_\_\_\_\_. **The dilemmas of mediation practice: a study of ethical dilemmas and policy implications**. S/I: National Institute for Dispute Resolution, 1992.

\_\_\_\_\_; FOLGER, Joseph P. **The promise of mediation: the transformative approach to conflict**. San Francisco: Jossey-Bass, 2004.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

CALOVI, Stelamaris. Mediação e arbitragem na atividade regulatória. **Revista Marco Regulatório**. N. 4. Porto Alegre: Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul, 2001, p. 110-116.

CAMPOS, Vítor Pierantoni; SILVA, Carla Cristina Guimarães Trovão; SILVA, Mariana Moreira e. Transação: matéria de fato e matéria de direito nos Juizados Especiais Federais. In: GUEDES, Jefferson Carús (org.). **Juizados Especiais Federais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 65-78.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

\_\_\_\_\_. **Juízes irresponsáveis?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

\_\_\_\_\_. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. Trad. Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix/Amana Key, 1997.

\_\_\_\_\_; STEINDL-RAST, David; MATUS, Thomas. **Pertencendo ao Universo: explorações nas fronteiras da ciência e da espiritualidade**. Trad. Maria de Lourdes Eichenberger e Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 1991.

CARBONELL, Miguel. Breves reflexiones sobre los derechos sociales. **Derechos Económicos, Sociales y Culturales**. México: Programa de Capacitación sobre Derechos Humanos. Disponível em <http://www.pdhumanos.org/libreria/libro6.html>. Acesso em 23.1.2007.

CARDOSO, Antonio Semeraro Rito. Ouvidoria X mediação: reflexões sobre um conflito. **Cliente S.A.**. Julho 2006. p. 61-62. Disponível em: <<http://www.abonacional.org.br/artigo003.pdf>> Acesso em 1.9.2010.

\_\_\_\_\_; VIEIRA, Paulo Reis. Ouvidor: leva-e-traz ou mediador-gestor? **Cliente S.A.**. Novembro 2005. p. 35-37. Disponível em:  
<<http://www.ipea.gov.br/ouvidoria/images/stories/pdf/artigo001.pdf>> Acesso em 1.9.2010.

CARDOSO, Oscar Valente. **Juizados Especiais da Fazenda Pública** (Comentários à Lei nº. 12.153/2009). São Paulo: Dialética, 2010, p. 169-178.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo**. 2ª. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Controle jurisdicional dos atos políticos e administrativos na saúde pública. *In*: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CASSONE, Vittorio. Transação, conciliação e arbitragem no âmbito tributário: confronto entre os princípios constitucionais aplicáveis. *In*: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (orgs.). **Transação e arbitragem no âmbito tributário**: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 217-250.

CASTELAR PINHEIRO, Armando. **Judiciário, Reforma e Economia: a visão dos Magistrados**. São Paulo: IDESP, 2001.

CASTILLA, Luis Miguel. Instituciones y gobernabilidad. *In*: **Instituciones y gobernabilidad**. Caracas: Corporación Andina de Fomento, 2000.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Processo administrativo e controle da atividade regulatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 128-141.

CENTER FOR PUBLIC POLICY DISPUTE RESOLUTION. **Using mediation in employee complaints and grievances**: a sourcebook for governmental entities. Austin: The University of Texas School of Law, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Vol. 3. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003, p. 289-300.

COLE, Sarah Rudolph. Mediator certification – the time has come? **The Mayhew-Hite Report on Dispute Resolution and the courts**. Disponível em:  
<<http://moritzlaw.osu.edu/jdr/mayhew-hite/vol3iss1/lead.html>>. Acesso em 10.2.10.



COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**. Nº 737. São Paulo: RT, 1997, p. 11-22.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Mediação: um projeto inovador**. Série Cadernos do CEJ. V. 22. Brasília: 2003.

CÔRTEZ, Sara N. Q. **Controle social do Estado como estratégia de emancipação e qualificação da democracia**: uma reflexão teórica a partir dos grupos de cidadania da Diocese de Barra - Bahia. Dissertação de Mestrado. Brasília: UnB, 2003.

COX, Heather Jane. **Mediating the Barton Creek development dispute: a case study of the use of public policy mediation by the city of Austin**. Professional Report presented in the Master of Public Affairs. Austin: University of Texas, 1994.

CRAM, James A.; MACWILLIAMS, Richard K. The cost of conflict in the workplace. Disponível em: <<http://www.crambyriver.com/costofconflict.html>>. Acesso em 27.8.2010.

CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 64-66.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Termo de compromisso no processo administrativo sancionador do Banco Central: possibilidade e limites. In: OSÓRIO, Fábio Medina (coord.). **Direito sancionador: Sistema Financeiro Nacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 281-309.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CYRILLO, Denise C.; CAMPINO, Antonio Carlos C. Gastos com a saúde e a questão da judicialização da saúde. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (orgs.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 26-41.

DAKOLIAS, Maria. A strategy for judicial reform: the experience in Latin America. **Virginia Journal of International Law Association**. V. 36, p. 167-231, Fall 1995.

\_\_\_\_\_. "Court performance around the world: a comparative perspective". Disponível em: <[http://www.bancomundial.org.br/index.php/content/view\\_folder/92.html](http://www.bancomundial.org.br/index.php/content/view_folder/92.html)>. Acesso em 20.1.2007.

DANA, Daniel. **Conflict resolution**: mediation tools for everyday worklife. Mc-Graw Hill, 2008.

DAVI, Kaline Ferreira. Composição de litígios pela Administração Pública sem intervenção do Judiciário. **Revista da Advocacia-Geral da União**. Ano VII. N. 16. Brasília: 2008. p. 183-196.

DAVIS, Albie M. **Una entrevista con Mary Parker Follet**. Disponível em: <<http://www.fundaciónlibra.com.br>>. Acesso em 20 jul. 2006.

DIAS, Rodrigo Bernardes. A conciliação nos Juizados Especiais Federais. In: GUEDES, Jefferson Carús (org.). **Juizados Especiais Federais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 507-513.

DUFFY, Karen Grover. Introduction to community mediation programs: past, present and future. In: DUFFY, Karen Grover; GROSCH, James W.; OLCZAK, Paul (ed.). **Community mediation**: a handbook for practitioners and researchers. New York/London: The Guilford Press, 1991, p. 21-34.

DUGO, Sérgio O. La mediación en Argentina. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, n. 13, p. 149-161, jan-abr 2001.

EGGER, Ildemar. **Mediação comunitária popular: uma proposta para além da conflitologia**. Tese de Doutorado. Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, 2008.

ENTELMAN, Remo. **Teoría de conflictos**: hacia un nuevo paradigma. Barcelona: Gedisa, 2002.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. **Direito e taoísmo**. São Paulo: LTr, 2005.

FEERICK, John; IZUMI, Carol; KOVACH, Kimberlee; LOVE, Lela; MOBERLY, Robert; RISKIN, Leonard; SHERMAN, Edward. Standards of professional conduct in alternative dispute resolution. **Journal of Dispute Resolution**. Symposium 1995.

FEIOCK, Richard C.; WEST, Jonathan P. Public sector bargaining in the sunshine: effects of participation on collective bargaining. In: MILLS, Miriam K. (ed.). **Alternative Dispute Resolution in the public sector**. Chicago: Nelson-Hall Publishers, 1991, p. 44-57.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Tradução Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos e Rocio Cantarero. Madri: Trotta, 1995.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas:** normatividade, operatividade, efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAZ, Luciano. Controle Consensual da Administração Pública e Suspensão do Processo Administrativo Disciplinar (SUSPAD) - A Experiência do Município de Belo Horizonte. **Interesse Público**, v. 44, p. 15-24, 2007.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FARIA, Ana Paula Andrade Borges de. A independência e a autonomia funcional do Procurador do Estado. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2527>> Acesso em 20.1.2008.

FIGUEIREDO, Paulo Henrique. **Transação tributária** – como expressão dos direitos do cidadão. Recife: Bagaço, 2004.

FINK, Daniel Roberto. Alternativa à ação civil pública ambiental (reflexões sobre o termo de ajustamento de conduta). *In*: MILARÉ, Édís (coord.). **Ação civil pública** – Lei 7.347/1985 – 15 anos. 2ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 113-139.

FINNEGAN, Joseph F. Federal mediation: how it works. **De Paul Law Review**. Vol. IX. N. 1. 1959-1960.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim – a negociação de acordos sem concessões**. Tradução Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2ª. edição. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. A ação civil pública e o princípio da separação dos poderes: estudo analítico de suas possibilidades e limites. *In*: MILARÉ, Édís (coord.). **Ação civil pública** – Lei 7.347/1985 – após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 471-485.

FORBATH, William E. Social rights, courts and constitutional democracy – poverty and welfare rights in the United States. **The University of Texas Law School. Public Law and Legal Theory Research Paper** nº 81. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=845924>> Acesso em 23.1.2007.

FORTINI, Cristiana. Controle jurisdicional dos contratos administrativos: controle da legitimidade do gasto público pelo Poder Judiciário. *In*: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 41-48.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de. Conflitos de justiça e direito do trabalho: alcance e possibilidades para o emprego da mediação. *In*: CASELLA, Paulo de Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). **Mediação de conflitos e acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 183-200.

\_\_\_\_\_. Conflitos de justiça e limites da mediação para a difusão da cultura da paz. *In*: SALLES, Carlos Alberto (coord.). **As grandes transformações do Processo Civil brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 509-534.

FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas – a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GAMA, Evandro Costa. Conciliação e transação nas causas de natureza tributária nos Juizados Especiais Federais. *In*: GUEDES, Jefferson Carús (org.). **Juizados Especiais Federais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 223-253.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. A responsabilidade do Estado por conduta omissiva. Texto extraído do **Jus Navigandi**, <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4365>> Acesso em 2.2.2005.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GEWURZ, Ilan G. (Re)designing mediation to address the nuances of power imbalance. **Conflict resolution quarterly**. Vol. 19, no. 2, Winter 2001, p. 135-162.

GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GIRARD, Jennifer. Dispute resolution in environmental conflicts: panacea or placebo? Disponível em: <<http://cfcj-fcjc.org/clearinghouse/drpapers/girard.htm>> Acesso em 31.3.2008.

GIOVANNINI, Michele. **Amministrazione Pubbliche e risoluzione alternative delle controversie**. Bologna: Bononia University Press, 2007, p. 167-215.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito Administrativo, análise econômica e políticas públicas: Câmaras de Conciliação e Arbitragem no Executivo Federal. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**. Belo Horizonte, ano 9, n. 101, jul. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=58282>> Acesso em 28.12.2009.

\_\_\_\_\_. Transação e arbitragem no Direito Tributário norte-americano. *In*: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (orgs.). **Transação e arbitragem no âmbito tributário**: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 417-440.

GOLLAN, Dwight. Using videos to teach negotiation and mediation. **Dispute Resolution Magazine**. Vol. 13, n. 2, p. 8-14.

GOODRICH, Kathleen; SCHNEIDER, Andrea Kupfer. The classroom can be all fun and games. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**. Vol. 25, n. 87, 2010.

GORDILLO, Agustín. **Princípios gerais de Direito Público**. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRANZOTTO, Cláudio Geoffroy. Advogado de Estado. Defesa do interesse público. Independência funcional mitigada. (2007, p. 6). **Jus Navigandi**. Teresina, ano 11, n. 1334, 25 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=9533>>. Acesso em 20.1.2008.

GRAU, Eros Roberto. Despesa pública: conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas, o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. **Revista Trimestral de Direito Público** nº 02. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 130-148.

GRECO, Guido. Transazioni e pubblica amministrazione (problemi teorici e pratici). *In*: CHITI, Mario P.; MASTRAGOSTINO, Franco (a cura di). **Forme alternative di risoluzione delle controversie con la Pubblica Amministrazione ed effettività della tutela**. Bologna: Bononia University Press, 2009, p. 93-107.

GUEDES, Jefferson Carús. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. *In*: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa. **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 243-272.

GUEDES, Néviton Batista de Oliveira. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a proibição da proteção deficiente. *In: Seminário: Implementação Jurisdicional de Políticas Públicas*, realizado pela Escola Superior do Ministério Público Federal do Paraná, Curitiba, 28 e 29 de junho de 2006.

GUIMARÃES, Lucas Noura de Moraes Rêgo. A experiência da ANEEL na celebração de termo de compromisso de ajuste de conduta e na realização de reuniões públicas de Diretoria. **Anais do Encontro Preparatório para o XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. Maringá: 2009.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

HEDEEN, Timothy. The evolution and evaluation of community mediation: limited research suggests unlimited progress. **Conflict resolution quarterly**. Vol. 22, n. 1-2, Fall-Winter 2004, p. 101-133.

HOBBS, Karin S. Mediation confidentiality and enforceable settlements: deal or not deal? **Utah Bar Journal**. N. 20, 2007, p. 37-41.

INNES, Judith E.; BOOHER, David E. Reframing public participation: strategies for the 21<sup>st</sup> century. *In: Planning Theory & Practice*, Vol 5, nº 4, December 2004, pp. 419-436. Disponível em: <[http://www.csus.edu/ccp/publications/reframing\\_public\\_participation\\_abstract.htm](http://www.csus.edu/ccp/publications/reframing_public_participation_abstract.htm)> Acesso em 20.1.2007.

JAFFE, Sanford M.; STAMATO, Linda. To end and prevent wars between States: negotiate, don't litigate. **Alternatives to the high cost of litigation**. International Institute for Conflict Prevention and Resolution. Vol. 27. N. 8. September 2009.

JAMESON, Jessica Katz. Employee perceptions of the availability and use of interest-based, right-based and power-based conflict management strategies. **Conflict Resolution Quarterly**. Vol. 19. N. 2. Winter 2001, p. 163-196.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Salvador: Jus Podium, 2008.

JUNQUEIRA, Kátia Valverde. Mediação – instrumento eficaz para a eficiência regulatória. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**. Belo Horizonte, ano 9, n. 102, ago. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=61976>> Acesso em 28.12.2009.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

LANDE, John. Commentary: focusing on program design issues in future research on court-connected mediation. Disponível em:  
<<http://www.law.missouri.edu/lande/publications/focusonprogramdesign.pdf>> Acesso em 22.1.2007.

LEACH, William D. Collaborative Public Management and Democracy: Evidence from Western Watershed Partnerships. *In: Public Administration Review*. California: December 2006, p. 100-110.

LEAL, Roger Stiefelmann. A judicialização da política. **Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política** nº 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez 1999, p. 230-237.

LEANDRO, Ariane Gontijo Lopes; CRUZ, Giselle Fernandes Corrêa da. Programa Mediação de Conflitos da Secretaria de Estado de Defesa Social de Minas Gerais: delineando uma metodologia em mediação individual e comunitária. *In: CASELLA, Paulo de Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). Mediação de conflitos e acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 201-233.

LEDERACH, John Paul. **The little book of conflict transformation**. Intercourse (PA): Good Books, 2003.

LEHFELD, Lucas de Souza. **Controles das agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. Causa de pedir e pedido nos processos coletivos: uma nova equação para a estabilização da demanda. *In: GRINÔVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 144-155.

LIEPMANN, Karen L. Confidentiality in environmental mediation: should third parties have access to the process? **Boston College Environmental Affairs Law Review**. Vol. 14, 1986-1984, p. 93-129.

LIPSKY, David B.; AVGAR, Ariel C. Toward a strategic theory of workplace conflict management. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**. Vol. 24, 2008, p. 143-177.

LOBATO, Anderson Cavalcante. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. N. 28. Ano XXVIII. Curitiba, 1994-1995, p. 109-137.

LOBO TORRES, Ricardo. O mandado de injunção e a legalidade financeira. **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 187. Rio de Janeiro: Editora FGV, jan/mar 1992, p. 94-110.

\_\_\_\_\_. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, jul./set. 1989, p. 29-49.

LONNSTROM, Karen. Getting reluctant parties to mediate (a guide for advocates). Disponível em: <[http://www.nysdra.org/articles/article\\_details.asp?ID=49](http://www.nysdra.org/articles/article_details.asp?ID=49)> Acesso em 30.3.2008.

LÓPEZ, María Esther Sánchez. El acuerdo de voluntades en el ámbito tributario. *In*: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (orgs.). **Transação e arbitragem no âmbito tributário**: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 191-216.

LUDWIG, Celso Luiz. **A alternatividade jurídica na perspectiva da libertação: uma leitura a partir da filosofia de Enríque Dussel**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: UFPR, 1993.

MACHADO, Hugo de Brito. Transação e arbitragem no âmbito tributário. *In*: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (orgs.). **Transação e arbitragem no âmbito tributário**: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 111-135.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. *In*: MILARÉ, Édís (coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 753-798.

\_\_\_\_\_. O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública. **Revista dos Tribunais**. N. 820. Ano 93, fevereiro de 2004, p. 11-49.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. **Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Processual Civil**. Vol. 28. Curitiba: Gênese, 2003, p. 298-338.



\_\_\_\_\_. **Tutela específica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTÍNEZ, Gerardo Carballo. **La mediación como fórmula de resolución de conflictos entre la administración y los ciudadanos.** Tesis doctoral. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2007.

MARTINS, Dayse Braga. A mediação no processo de democratização do Estado. *In*: SALES, Lília Maia de Moraes (org.). **Estudos sobre mediação e arbitragem.** Rio-São Paulo-Fortaleza, ABC Editora, 2003, p. 49-62.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais:** Conceito, Função e Tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAS, Cristian Oliver Lucas. La mediación y otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos en el ambito tributario estadounidense - especial referencia a las actuaciones del IRS (Internal Revenue Service). **Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública** n. 269. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 2003.

MASTRANGELO, Claudio. **Agências reguladoras e participação popular.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MASUCCI, Alfonso. La “mediazione” in Francia, Germania e nel Regno Unito. Un valido rimedio alternativo alla sentenza nelle liti con la Pubblica Amministrazione? *In*: CHITI, Mario P.; MASTRAGOSTINO, Franco (a cura di). **Forme alternative di risoluzione delle controversie con la Pubblica Amministrazione ed effettività della tutela.** Bologna: Bononia University Press, 2009, p. 23-43.

MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias – a intervenção judicial em políticas públicas.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta – análise à luz do anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. *In*: GRINÔVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 231-243.

MCCABE, Douglas M. The federal sector mediation and dispute resolution process: the FMCS mediation experience in the public sector. *In*: MILLS, Miriam K. (ed.). **Alternative Dispute Resolution in the public sector.** Chicago: Nelson-Hall Publishers, 1991, p. 81-103.

MCCORKLE, Suzanne. The murky world of mediation ethics: neutrality, impartiality and conflict of interest in State Codes of Conduct. **Conflict Resolution Quarterly**. Vol. 23, no. 2, Winter 2005, p. 165-183.

MCCREARY, Scott T. **Resolving Science-Intensive Public Policy Disputes**. PhD Dissertation (Tese de Doutorado). Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1989.

MCEWEN, Craig. Giving meaning to mediator professionalism. **Dispute Resolution Magazine**. Vol 11. N. 3. Spring 2005.

MCGILLIS, Daniel. **Community dispute resolution programs and public policy**. Washington, D.C.: National Institute of Justice, 1986.

MCGOVERN, Francis E. Toward a functional approach for managing complex litigation. **University of Chicago Law Review**. N. 53, spring 1986, p. 440-493. Disponível em: <[http://eprints.law.duke.edu/archive/00000422/01/53\\_U\\_Chi\\_L\\_Rev\\_440\\_\(1986\).pdf](http://eprints.law.duke.edu/archive/00000422/01/53_U_Chi_L_Rev_440_(1986).pdf)> Acesso em 22.3.2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia jurídica das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista de Direito Público** nº 57-58. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-jun 1981.

MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado. **A constitucionalização das finanças públicas no Brasil** – devido processo orçamentário e democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MESSICK, Richard E. Judicial reform and economic development: a survey of the issues. **The World Bank Research Observer**, v. 14, n. 1, p. 117-136, fev. 1999.

MESTER, Jonathan. The Administrative Dispute Resolution Act of 1996: will the new era of ADR in federal administrative agencies occur at the expense of public accountability? **Ohio State Journal on Dispute Resolution**. Vol. 13, n. 167, 1997.

MICHELIN, Dolizete Fátima. O anteprojeto da Lei Geral de Transação em Matéria Tributária e os princípios constitucionais da legalidade, isonomia e moralidade pública. *In*: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (orgs.). **Transação e arbitragem no âmbito tributário**: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 331-363.

MILARÉ, Édís. A ação civil pública por dano ao ambiente. *In*: MILARÉ, Édís (coord.). **Ação civil pública** – Lei 7.347/1985 – 15 anos. 2ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 200-205 e 236-238.

MODESTO, Paulo. Participação popular na Administração Pública: mecanismos de operacionalização. **Revista Diálogo Jurídico** n. 7. Ano I, Vol. I, Salvador, outubro de 2001.

MOFFITT, Michael. Mediation 'transparency' helps parties see where they're going. **Alternatives to the high cost of litigation**. Vol. 16, no. 81, June 1998, p. 1-4.

\_\_\_\_\_. The four ways to assure mediator quality (and why none of them work). **Ohio State Journal on Dispute Resolution**. Vol. 24. N. 191. 2009.

MOORE, Christopher W. **El proceso de mediación: métodos prácticos para la resolución de conflictos**. Buenos Aires: Granica, 1995.

MORAIS, Carlos Yuri Araújo. Transação e arbitragem em matéria tributária: a experiência estrangeira e sua aplicabilidade ao direito brasileiro. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (orgs.). **Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 483-503.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 49-67.

\_\_\_\_\_. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. In: **Revista de Informação Legislativa**. Ano 29. N. 116. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, out./dez. 1992, p. 79-102.

\_\_\_\_\_. Independência técnico-funcional da advocacia de Estado. In: **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro**. Volume XVI. Rio de Janeiro: APERJ/Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. Mutações nos serviços públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 01, fevereiro 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 22.7.2007.

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: UFPR, 2000.

\_\_\_\_\_. Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** nº 37. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez 2001, p. 101-108.

MOTT, Writer. **Assessing consensus: the use of alternative dispute resolution processes to resolve public disputes in Texas.** Professional Report presented to the Law School (J.D. degree) and to the Master of Public Affairs. Austin: University of Texas, 2001.

MUELLER, Bernardo. Economia dos Direitos de Propriedade. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 84-101.

MUNIZ, Tânia Lobo. A ética na mediação. *In*: CASELLA, Paulo de Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). **Mediação de conflitos e acesso à justiça.** Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 103-117.

\_\_\_\_\_. **Mediação: uma nova visão do conflito.** Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. O orçamento público na ótica de responsabilidade fiscal: autorizativo ou impositivo? *In*: FIGUEIREDO, Carlos Maurício; NÓBREGA, Marcos. **Administração Pública – Direito Administrativo, Financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 152-187.

NAZARETH, Eliana Riberti. Mediação: algumas considerações. **Revista do Advogado.** São Paulo: AASP, n. 87, p. 129-133, set. 2006.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **Participação administrativa procedimental: natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

NEVES, Flávia Bittar. O dilema da regulamentação da função de árbitros, mediadores e das atividades das instituições arbitrais no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 2, n. 07, p. 101-108, out./dez. 2005.

NOCE, Dorothy J. Della; ANTES, James R.; BUSH, Robert A. Baruch; SAUL, Judith A.. Signposts and crossroads: a model for live action mediator assessment. **Ohio State Journal on Dispute Resolution.** Vol. 23, 2008, p.197-217.

\_\_\_\_\_; BUSH, Robert Baruch; FOLGER, Joseph P. Clarifying the theoretical underpinnings of mediation: implications for practice and policy. **Pepperdine Dispute Resolution Law Journal.** N. 03. 2002-2003, p. 39-65.

NORTH, Douglass C. **Instituciones, cambio institucional y desempeño económico.** Tradução Agustín Bárcena. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

O'LEARY, Rosemary. Environmental management at the millenium: the use of environmental dispute resolution by State governments. **Journal of Public Administration Research and Theory**. Vol. 10. University of Kansas, January 1, 2000.

PADILHA, Rosemary Damaso. **Mediação sistêmico-integrativa: família e escola construindo uma cultura de paz**. Curitiba: Amanapaz, 2004.

\_\_\_\_\_. **A mediação no cenário jurídico**. Disponível em: <<http://www.amanapaz.com.br>>, Artigos. Acesso em 27.10.2006.

PADILLA, Alirio Galvis. **Análisis comparativo de la legislación de mediación y conciliación colombo-argentina**. Disponível em: <<http://www.conciliación.gov.co>>. Acesso em 20.7.2007.

PALMER, Michael. Controlling the State? Mediation in Administrative Litigatiton in the People's Republic of China. **Transnational Law and Contemporary Problems**. N. 16. 2006-2007, p. 165-187.

PELL, Lisa. Is alternative dispute resolution really an alternative for federal employees?: possible suggestions for encouraging federal employees to participate in ADR programs. **Cardozo Journal of Conflict Resolution**. Vol. 6. N. 2. Spring 2005, p. 313-346.

PEREIRA, Gláucia Falsarelli. **Justiça comunitária: por uma justiça da emancipação**. Dissertação de Mestrado. Brasília: Universidade de Brasília, 2003.

PICARD, Cheryl A.; MELCHIN, Kenneth R. Insight mediation: a learning-centered mediation model. *In*: <[http://www2.carleton.ca/shared/shared\\_lawconflict/docs/nejo\\_126.pdf](http://www2.carleton.ca/shared/shared_lawconflict/docs/nejo_126.pdf)>. Acesso em 20.1.2008.

\_\_\_\_\_. Learning about learning: the value of "insight". **Conflict resolution quarterly**. Vol. 20, n. 4, Summer 2003, p. 477-483.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A importância da parceria entre o Ministério Público e o terceiro setor. *In*: **Jus Navigandi**. Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2791>>. Acesso em 31.2.2008.

\_\_\_\_\_. (coord.). **Teoria Geral da Mediação – à luz do projeto de lei e do direito comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PINTO, Élida Graziane. Contingenciamento de despesas e esvaziamento do controle legislativo sobre a execução orçamentária. *In*: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César

dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 69-125.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. **Revista de Direito do Estado**. No. 2. Abr/jun 2006, p. 55-69.

\_\_\_\_\_. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e Mandado de Injunção**. 2ª. edição. São Paulo: RT, 2003.

POITRAS, Jean; BELAIR, Fernand; BYRNE, Sean. A reflection on unintended consequences of workplace mediation. **Conflict Resolution Quarterly**. Vol. 23. N. 1. Fall 2005, p. 43-51.

POLICY CONSENSUS INITIATIVE. **A practical guide to consensus**. Santa Fe/Bismarck: Policy Consensus Initiative, 1999.

\_\_\_\_\_. **A practical guide to collaborative governance**. Portland: Policy Consensus Initiative, 2007.

POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. Brasília: Ed. UnB; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1978.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A omissão constitucional e a responsabilidade do Estado legislador**. São Paulo: Saraiva, 2007.

PUENTE, Marcos Gómez. **La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control**. Madrid: Mc-Graw Hill, 1997.

RESNIK, Judith. Uncovering, disclosing and discovering: how the public dimensions of court-based processes are at risk. **Chicago-Kent Law Review**. Vol. 81, n. 521, 2006.

REYES, Tiffany. **Case study**: The Robert E. Lee interceptor consensus-building process. Austin: Center for Public Policy Dispute Resolution, s/d.

RICHMAN, Roger; WHITE JR., Orion F.; WILKINSON, Michaux H. **Intergovernmental mediation: negotiations in local government disputes**. Colorado: Westview Press, 1986.

RISKIN, Leonard. Mindfulness: foundational training for dispute resolution. **Journal of Legal Education**. Vol. 54, n. 79, March 2004.

ROBINSON, Michelle. Mediator certification: realizing its potentials and coping with its limitations. **The Mayhew-Hite Report on Dispute Resolution and the courts**. Disponível em: <http://moritzlaw.osu.edu/jdr/mayhew-hite/vol4iss3/student.html>. Acesso em 10.2.2010.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática**. 2ª. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

\_\_\_\_\_. O processo: espaço de descoberta ou de construção de verdades?. **Opinião Jurídica**. Fortaleza: Christus, v. III, n. 5, p. 97-110, 2005.

\_\_\_\_\_. **Pensando o ensino do Direito no século XXI**: diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

ROGERS, Nancy; SANDER, Frank. Whither certification: a dialogue on qualifications. **Dispute Resolution Magazine**. Vol. 3. No. 3. Spring 1997.

ROSA, André Vicente Pires. **Las omisiones legislativas y su control constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RUIZ, Ivan Aparecido. **Estudos sobre mediação no direito brasileiro: natureza jurídica e outros aspectos fundamentais**. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2003.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Controle de constitucionalidade e políticas públicas. *In: Seminário: Implementação Jurisdicional de Políticas Públicas*, realizado pela Escola Superior do Ministério Público Federal do Paraná, Curitiba, 28 e 29 de junho de 2006.

SANTA MARIA, Luciano Schumacher. O instituto da mediação no processo de regularização das cooperativas de eletrificação rural. **Marco Regulatório**. Nº. 6. Porto Alegre: AGERGS, 2º. semestre de 2002, p. 57-61.

SANTOS, Alexandre Pinheiro dos. Ajustes de conduta no âmbito da Administração Pública. Texto base para discussão na Oficina temática nº. 12 do **II Congresso Brasileiro das Carreiras Jurídicas de Estado**, promovido pela Advocacia-Geral da União. Brasília: 2010.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. A transação e a arbitragem no direito constitucional-tributário brasileiro. *In*: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (orgs.). **Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 43-88.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª. edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. O papel da jurisdição constitucional na realização do Estado Social. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Vol. 3. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003, p. 355-365.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. *In*: SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 23-116.

\_\_\_\_\_. A proteção judicial dos direitos sociais. *In*: **Seminário: Implementação Jurisdicional de Políticas Públicas**, realizado pela Escola Superior do Ministério Público Federal do Paraná, Curitiba, 28 e 29 de junho de 2006.

SCHERER, Tonya M. Alternative Dispute Resolution in the Federal Tax Arena: the Internal Revenue Service opens its doors to mediation. **Journal of Dispute Resolution**. 1997, p. 215-227.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

SENGER, Jeffrey M. Evaluation of ADR in United States Attorney Cases. **United States Attorney's Bulletin**. November 2000.



SERPA, Maria Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e. A responsabilidade objetiva do Estado por seus atos omissivos: interpretação sistemática do Direito; Constituição Federal, novo Código Civil e jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal. Texto extraído do **Jus Navigandi**, <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5025>>. Acesso em 5.2.2005.

SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**. (Portugal), Universidade Católica, 2003.

SILVA, José Afonso da. Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos direitos sociais. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Vol. 3. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003, p. 301-314.

SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação**. Curitiba: Juruá, 2007.

SILVER, Carole. Models of quality for third parties in alternative dispute resolution. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**. N. 12. 1996, p. 37-80.

SIRAQUE, Vanderlei. **Controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SIX, Jean-François. **Dinâmica da mediação**. Tradução de Águida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth e Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOARES, Guilherme. Limites institucionais do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. In: **Seminário: Implementação Jurisdicional de Políticas Públicas**, realizado pela Escola Superior do Ministério Público Federal do Paraná, Curitiba, 28 e 29 de junho de 2006.

SOARES, Inês Virgínia Prado. Ação civil pública como instrumento de controle da execução orçamentária. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (coords.) **Ação civil pública – 20 anos da Lei 7.347/85**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 465-506.

SOUZA, Gabriel Felipe de. O papel de uma ouvidoria no âmbito da Administração Pública Federal: a experiência da ouvidoria-geral da AGU. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (coords.) **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 599-610.

SOUZA, Luciane Moessa de. Liminares contra o Poder Público: breve análise crítica das peculiaridades e subsídios para uma aplicação isonômica. **Revista A&C – Direito Administrativo e Constitucional**. Ano 7. N. 30. Belo Horizonte: Fórum, outubro/dezembro 2007, p. 153-171.

\_\_\_\_\_. Mudança de paradigmas e a prática jurídica contemporânea. **Revista de Informação Legislativa** nº 154. Brasília: Senado Federal, abril-junho 2002, p. 203-211.

\_\_\_\_\_. **Normas constitucionais não-regulamentadas**: instrumentos processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. O papel da Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito: da necessidade de sua contribuição para o acesso à justiça e o desenvolvimento institucional. **Revista A&C – Direito Administrativo e Constitucional**. Ano 8. N. 34. Belo Horizonte: Fórum, outubro/dezembro 2008, p. 141-174.

STAINS JR., Robert. Training on purpose. **Conflict Resolution Quarterly**. Vol. 20, n. 4, Summer 2003, p. 473-476.

STIGLITZ, Joseph E. **Towards a new paradigm for development: strategies, policies and processes**. 1998 Prebisch Lecture at UNCTAD, Geneva.

STRECK, Lênio Luiz. A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da Constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Vol. 2. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2002, p. 25-64.

SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **The cost of rights – why liberty depends on taxes**. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1999.

\_\_\_\_\_. Social and Economic Rights? Lessons from South Africa. **Public Law and Legal Theory Working Paper** nº 12. The University of Chicago: The Law School. Disponível em <<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>>. Acesso em 23.1.2007.

SUSSKIND, Lawrence. Expanding the ethical obligations of the mediator: mediator accountability to parties not at the table. MENKEL-MEADOW, Carrie; WHEELER, Michael. **What's fair – Ethics for negotiators**. San Francisco: Jossey-Bass, 2004, p. 513-518.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio; MUELLER, Bernardo. Economia dos Direitos de Propriedade. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (orgs.). **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 84-101.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Economia dos Contratos. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (orgs.). **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 102-136.

TEPEDINO, Gustavo. A questão ambiental, o Ministério Público e as ações civis públicas. **Atualidades Forense**. Disponível em <http://www.forense.com.br/atualida/342dou07.htm>. Acesso em 25.11.98.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle judicial da regulamentação de políticas públicas. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Vol. 3. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003, p. 187-194.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Sindicar a omissão legislativa: real desafio à harmonia entre os poderes**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

\_\_\_\_\_. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VIEIRA, Fernando Grella. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta. *In*: MILARÉ, Édís (coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 262-290.

VOLPI, Edna Lucia; FORNAZARO, Maria Inês; SAMPAIO, Maria Lumena Balaben. **Ouvidoria e Mediação**. Trabalho apresentado no Curso de Aperfeiçoamento em Ouvidoria Pública e Privada no Brasil. Campinas: UNICAMP, 2008.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Vol. I. Florianópolis: Habitus, 2001.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *In*: GRINÔVER, Ada Pellegrini *et al* (coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WISEMAN, Vivian; POITRAS, Jean. Mediation within a hierarchical structure: how can it be done successfully? **Conflict Resolution Quarterly**. Vol. 20, n. 1. Fall 2002, p. 51-65.

WISLER, Roselle; HINSHAW, Artigo How do we know that mediation training works? **Dispute Resolution Magazine**. Vol 12. 2005-2006, p. 21-23.

\_\_\_\_\_. Using participants questionnaires to assess mediator performance. **Dispute Resolution Magazine**. Vol. 11. N. 1. Fall 2004.

WOOD, D. Hardison; LEON, David Mark. Measuring value in mediation: a case study of workplace mediation in city government. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**. Vol. 21. N. 2. 2006, p. 383-407.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZWETLKOFF, Catherine. Mediation in environmental conflicts: the Belgian methodology. Disponível em: <<http://www.piercelaw.edu/risk/vol9/fall/zwetkoff.pdf>> Acesso em 31.3.2008.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise Econômica do Direito e das Organizações. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (orgs.). **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 1-15.

## **APÊNDICE I – ALGUMAS EXPERIÊNCIAS DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO JÁ IMPLANTADAS NO BRASIL**

A experiência brasileira de utilização de meios consensuais de resolução de conflitos, fundada num espaço em que não existe ainda um marco normativo acerca da mediação, embora existam marcos normativos diversos acerca da utilização da conciliação, se caracteriza, quanto à primeira, pela predominância de programas pequenos no âmbito do Poder Público, muitos de caráter experimental, bem assim pela existência de entidades privadas, muitas sem fins lucrativos, que oferecem serviços de mediação de conflitos, em especial nas esferas familiar e empresarial.

Tendo em conta que o enfoque da pesquisa era a utilização de meios consensuais nos conflitos que envolvem direitos fundamentais dos cidadãos que dependam de uma atuação direta do Poder Público, a pesquisa voltou-se para os programas existentes no âmbito do Poder Judiciário e outros órgãos públicos, em especial na esfera do Poder Executivo, buscando identificar quais métodos estão sendo empregados e que resultados estão sendo obtidos a partir do emprego destes instrumentos.

Procurou-se identificar programas nas cinco regiões do território brasileiro, existentes tanto na esfera estadual como na federal. Boa parte dos programas existentes no âmbito do Poder Judiciário, como se verá, se destinam em especial à população carente, sendo que, no âmbito do Poder Executivo (exceto quando se trata de programas de mediação comunitária), é rara ainda a utilização da mediação, muito embora existam iniciativas pioneiras de utilização da conciliação.

A avaliação de tais experiências certamente pode ser útil para o aprimoramento do quadro normativo e institucional referente à utilização de meios consensuais nos conflitos envolvendo o Poder Público e seus cidadãos.

### **1.1 Experiências no âmbito do Poder Judiciário**

A pesquisa realizada no âmbito do Poder Judiciário, via de regra, deixou de lado os programas desenvolvidos no âmbito dos Juizados Especiais, seja porque predomina nestes o emprego da conciliação (e não da mediação, que parece mais adequada aos conflitos

envolvendo entes públicos, como visto), seja porque, até recentemente, o Poder Público somente era parte nos Juizados Especiais Federais, seja ainda porque o universo abrangido na pesquisa demandaria equipe e tempo muito superiores aos disponíveis e necessários para o escopo deste trabalho.

Tal como no âmbito das Secretarias de Justiça (ou órgãos similares) no âmbito estadual, os programas desenvolvidos no âmbito do Poder Judiciário, normalmente, destinam-se à população carente. O único programa que não tem este perfil é justamente o único desenvolvido em um Juizado Especial, que foi escolhido justamente em razão da adoção de uma metodologia de trabalho baseada na mediação – fato raro nos Juizados Especiais em geral. Passo a descrever cada um dos programas pesquisados.

#### **1.1.1 Tribunal de Justiça do Estado da Bahia - projeto Balcões de Justiça e Cidadania**

O projeto foi criado pela Resolução do Tribunal de Justiça nº. 01/2003, que veio a ser reformulada pela Resolução nº. 05/2006, quando efetivamente começou a ser operacionalizado. Seu escopo pode ser descrito como a promoção de orientação jurídica gratuita e meios consensuais de resolução de conflitos para comunidades carentes, nas áreas cível e de família, excluindo-se, além das questões criminais, as falimentares, de interesse da Fazenda Pública e relativas a acidentes de trabalho.

O projeto foi coordenado, de 2006 a 2007, pelo assessor responsável pela Secretaria de Ação Social do Tribunal de Justiça, e, de 2008 a 2009, pela Juíza Patrícia Cerqueira de Oliveira, assessora de projetos especiais da Presidência do Tribunal de Justiça. Entrevistei, em abril de 2009, o Sr. Alberto Addehusen, membro da equipe do projeto, bancário aposentado com formação em Administração de Empresas e contratado pelo TJ com a função de gerenciar as demandas administrativas das unidades em operação (contratação de estagiários e supervisores, instalações físicas, material de expediente, etc.), bem assim de viabilizar parcerias com universidades e outras instituições da comunidade a fim de garantir a implantação de novas unidades dos Balcões de Justiça e Cidadania, cuja localização é definida de acordo com as demandas, ou seja, priorizam-se áreas mais conflituosas. O Sr. Alberto, com todo o dinamismo da equipe gestora do projeto, me possibilitou a visita a três unidades em bairros de periferia da capital. A equipe do projeto conta também com o Sr. Sílvio Maia, também contratado pelo tribunal para atuar especificamente na gestão do projeto,

mais quatro servidores do TJ designados para nele atuarem, sendo um deles encarregado especificamente das atividades de capacitação.

O projeto opera através da realização de capacitação básica (carga horária de 3 a 8 horas) para estagiários de Direito (que devem estar cursando no mínimo o 3º. ano do curso e permanecem por até 2 anos), agentes comunitários (voluntários ou remunerados por entidades parceiras) e advogados supervisores (havia doze contratados pelo TJ/BA em abril de 2009, recebendo uma remuneração mensal de R\$ 2.500,00, com carga horária de 20 horas semanais. O conteúdo programático envolve a apresentação das principais técnicas e princípios envolvidos na mediação. As aulas são ministradas por especialistas em mediação e conciliação e, periodicamente, realizam-se atividades de reciclagem para a equipe. Tanto estagiários quanto supervisores começam como voluntários a fim de se aferir sua adaptação ao trabalho e, posteriormente, passam por um processo seletivo. Em abril de 2009, o TJ/BA remunerava 40 estagiários, com carga horária de 20 horas semanais, os quais recebem um salário mínimo (ou desconto na mensalidade da universidade mais transporte). A maioria dos estagiários que atuam no projeto, porém, são alunos que estão realizando o estágio de Prática Jurídica no curso de Direito. Todos os estagiários, contratados ou não pelo TJ, realizam diretamente as conciliações entre as partes, sob a supervisão dos advogados.

O programa tinha, em abril de 2009, por ocasião da entrevista, postos em 23 bairros da capital e 18 no interior, sendo que, desde então, veio a ser estendido a outros 5 bairros de Salvador e 11 no interior. Alguns postos funcionam em meio período e outros em período integral, de acordo com a demanda da região. A seleção das áreas para instalação dos postos sempre se dá considerando a densidade populacional e o índice de desenvolvimento humano da região, privilegiando-se áreas mais populosas e mais carentes em primeiro lugar.

Os postos nas comunidades são instalados gratuitamente em entidades parceiras, tais como associações de moradores, igrejas, órgãos públicos municipais ou estaduais, núcleos de prática jurídica de universidades. Em algumas unidades, as universidades remuneram também o advogado supervisor (este com uma carga de 20 horas/aula por semana) e/ou o líder comunitário que ali atua (este recebe um salário mínimo). Os membros da comunidade que atuam no projeto, em geral, são aposentados.

Os agentes comunitários atuam basicamente na divulgação do programa, pois os atendimentos, que eram por eles realizados no início do projeto, atualmente são feitos

basicamente pelos estagiários, sob a supervisão dos advogados contratados. Os Balcões têm grande inserção em atividades culturais comunitárias e em escolas.

Os conflitos na área de família representam 84,5% do número de reclamações atendidas pelo programa, sendo os demais 15,5% conflitos cíveis. Segundo nos foi informado, na área cível, os conflitos comumente envolvem cobrança de dívidas, problemas entre vizinhos, questões envolvendo prestação de serviços (sejam prestados por concessionárias de serviços públicos ou por pessoas ou entes privados), sendo que é muito raro (0,07% dos casos) registrar-se o descumprimento de um acordo.

Os acordos realizados na área de família são submetidos a homologação judicial, enquanto os demais têm o formato de um título executivo extrajudicial.

O número de atendimentos no âmbito do programa demonstra que pouco mais da metade dos atendimentos consiste em orientações jurídicas e/ou encaminhamentos a outros órgãos. Dentre os casos de conflitos, em 65,2% deles, ocorre efetivamente a realização de mediação. Dos casos em que é utilizada a mediação, a celebração de acordos ocorre em pouco mais de 70% dos casos, sendo que o número de sessões para chegar ao acordo gira em torno de uma ou duas sessões. O programa multiplicou seu número de atendimentos em quase 3 vezes em cerca de 3 anos, o que demonstra o claro propósito do tribunal de fazê-lo capaz de dar conta da demanda nas comunidades carentes.

Nos casos de conciliação de conflitos, a primeira audiência entre as partes costuma ser marcada dentro de uma semana, sendo que os atendimentos na área cível costumam ser finalizados dentro de duas semanas, ao passo que, na área de família, a conclusão do processo leva cerca de um mês, por conta da homologação judicial (a menos que exista algum problema decorrente da falta de documentos necessários para a instrução do processo).

O programa prevê a avaliação do grau de satisfação dos atendidos, entregando um questionário às partes após o atendimento. Cerca de 0,1% delas respondem e o grau de satisfação é bastante elevado.

Vale registrar que o projeto já foi premiado como prática exemplar pelo Conselho Nacional de Justiça.



### **1.1.2 Tribunal de Justiça do Distrito Federal – Programa Justiça Comunitária**

O programa Justiça Comunitária, criado e coordenado pela Juíza Gláucia Falsarella Foley (atualmente, ela compartilha a coordenação com outra Juíza de Direito), que foi a entrevistada em junho de 2009, foi criado em outubro de 2000 e seu escopo pode ser descrito como a promoção de educação para o exercício de direitos, meios consensuais de resolução de conflitos e articulação de redes sociais para comunidades carentes. A equipe do programa conta com a participação de uma psicóloga, que é coordenadora adjunta, uma supervisora com formação em Economia, e uma equipe multidisciplinar composta de 8 pessoas, bem como 9 estagiários, com formação em Direito, Psicologia e Serviço Social, além de um técnico judiciário com formação em linguagem teatral, que atua na produção de peças teatrais com os agentes comunitários e na produção de material didático do projeto.

O principal instrumento utilizado para atingir os objetivos do projeto é a realização de cursos de capacitação para agentes comunitários, com carga horária de 40 horas, onde se apresenta a estrutura do programa, bem como são ensinadas técnicas de mediação e de animação de redes sociais, além de noções de Direito nas áreas mais demandadas. As aulas são ministradas por profissionais que atuam na área. A par dessa capacitação inicial, atividades de capacitação acontecem mensalmente no âmbito do programa.

O público-alvo do curso são os membros de comunidades que sejam alfabetizados, tenham idade mínima de 18 anos, residência no bairro de atuação há pelo menos um ano, sem vínculos com partidos políticos, espírito de liderança, habilidades em comunicação e perfil adequado para ser voluntário, apresentem referências e experiências profissionais anteriores adequadas.

O programa tinha, em 2009, três núcleos, localizados nas cidades-satélite de Taguatinga, Ceilândia e Samambaia, cada um contando com três servidores (um advogado, um psicólogo e um assistente social), os quais, além de apoiar e supervisionar a atuação dos mediadores comunitários, atuam também como mediadores nos casos de competência dos Juizados Especiais Cíveis. O número total de agentes comunitários nos três núcleos era de 81, dos quais cinco estavam no programa desde 2001. A maioria dos agentes são estudantes ou donas de casa, sendo que permanecem no programa, muitas vezes, por poucos meses e, em alguns casos, por vários anos. Eles são todos voluntários e não têm uma carga horária semanal

definida, mas devem realizar, no mínimo, um atendimento de mediação e dois de encaminhamento sócio-jurídico, bem como participar em duas reuniões na comunidade todos os meses.

Além disso, realizam-se periodicamente atividades culturais e comunitárias, chamadas de animação de redes sociais, que propiciam, além da divulgação do programa, a integração em rede dos recursos comunitários.

Entre os atendimentos, existe grande demanda nos núcleos pelo encaminhamento sócio-jurídico, sendo de quase 40% do total de casos atendidos (estatísticas de 2009).

Quando se caracteriza um conflito, em cerca de 40% das vezes (estatísticas de 2009), ambas as partes aceitam tentar a mediação. Dentre os que comparecem, a grande maioria acaba realizando o acordo (84%). O tempo médio de atendimento em cada caso de resolução de conflitos é de 30 dias.

Quando não se alcança a resolução amigável do conflito, os interessados são encaminhados à Defensoria Pública ou, em se tratando de conflitos coletivos, ao Núcleo de Prática Jurídica da UnB. O programa ainda não implantou o monitoramento do cumprimento dos acordos, bem como a avaliação formal do grau de satisfação dos atendidos.

Nos casos de conflitos coletivos, os agentes fazem contato com órgãos públicos ou entes privados responsáveis, sendo notável a experiência do caso das mães de crianças especiais que necessitavam utilizar transporte coletivo interestadual diariamente para levar seus filhos à escola e que não conseguiam desfrutar a gratuidade a que tinham direito por saírem dos limites do DF. No caso em questão, a mediação do conflito com as empresas prestadoras do serviço e órgãos públicos envolvidos foi bem-sucedida em assegurar a gratuidade a todas as mães naquela condição.

### **1.1.3 Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso – Projeto Justiça Comunitária**

Entrevistei pessoalmente, em setembro de 2009, Glória M. B. Ferreira Fernandes, então membro da equipe jurídica do projeto, e, por telefone, em agosto de 2010, Neury Cortes, assistente social que atua no projeto desde a sua implantação. O projeto é coordenado por uma Juíza de Direito, que acumula a função com sua atuação em uma vara de primeira

instância, e conta com uma equipe formada por uma psicóloga, duas assistentes sociais, dois advogados e um assistente administrativo.

O projeto foi criado por lei estadual em julho de 2004 e seu escopo pode ser descrito como a promoção de educação jurídica básica e meios consensuais de resolução de conflitos para comunidades carentes. Em 2009, tinha 11 postos, abrangendo 71 bairros da capital (cada posto abrange vários bairros), sendo que em breve seriam criados mais 4 postos, abrangendo outros 15 bairros. Além disso, tem postos em outras 5 comarcas do interior do Estado. Os postos nas comunidades são instalados nas associações de moradores e cada um deles conta com um a cinco agentes comunitários (a maioria conta com três ou quatro agentes).

O principal instrumento utilizado para atingir os objetivos do projeto é a realização de cursos de capacitação para agentes comunitários, com carga horária de 40 horas. As aulas são ministradas por magistrados de primeira e segunda instâncias, membros do Ministério Público, advogados e Defensores Públicos que estudam e/ou trabalham com mediação, todos atuando voluntariamente nesses treinamentos.

O público-alvo são os membros de comunidades que possuam ensino médio completo, idade mínima de 21 anos, residência no bairro de atuação, disponibilidade mínima de 8 horas semanais, sem vínculos com associações de bairro ou partidos políticos, espírito de liderança e perfil adequado para ser voluntário.

Desde o início do projeto, já foram realizadas quatro capacitações, com número de participantes variando entre 18 a 44, sendo que costuma haver, em média, duas ou três vezes mais interessados que o número de vagas.

Muito embora estes agentes não tenham qualquer vínculo empregatício nem sejam remunerados pelas partes, eles recebem do Estado uma ajuda de custo de R\$ 200,00 mensais.

Em setembro de 2009, o programa contava com 13 agentes comunitários em Cuiabá, sendo que mais 28 estavam sendo selecionados, bem como 38 agentes no interior. Cada agente selecionado pode atuar no programa por 2 anos, podendo ser reconduzido por mais 2 anos após encerrado o primeiro período.

Os agentes são preparados para prestar orientações jurídicas básicas (em geral, sobre o funcionamento de órgãos públicos e direitos básicos na esfera de família e sucessões, trabalhista e previdenciária e relações de consumo), bem como para realizar as sessões de

mediação, sendo que a maior demanda é pela prestação de informações, sendo muito superior à da resolução de conflitos. Entretanto, quando se caracteriza um conflito, na maioria das vezes, as partes aceitam tentar a mediação. Dentre os que comparecem, a maioria acaba realizando o acordo.

Nos casos de conflitos envolvendo o Poder Público, os agentes fazem contato com órgãos públicos municipais ou estaduais, sendo que, em geral, os órgãos municipais atendem com maior receptividade as demandas. Em caso de conflitos coletivos, se não houver solução amigável, os agentes encaminham o assunto ao Ministério Público.

O programa prevê o monitoramento informal do cumprimento dos acordos, bem como a avaliação do grau de satisfação dos atendidos. São raros os casos de descumprimento.

Quando não se alcança a resolução amigável do conflito, os interessados são encaminhados à Defensoria Pública ou aos Núcleos de Prática Jurídica das Faculdades de Direito.

Além de atuarem nos núcleos do Justiça Comunitária, os agentes também devem realizar visitas domiciliares a membros da comunidade, o que é uma especificidade do programa do TJ/MT. Estas visitas têm como objetivo a divulgação do programa para a comunidade ou o acompanhamento de um caso em trâmite.

Além disso, realizam-se periodicamente mutirões para divulgação do programa e/ou para realizar atendimentos em bairros com grande demanda.

O número de atendimentos no âmbito do programa vem aumentando exponencialmente desde o seu início em 2005. Assim, em 2009, o TJ/MT elaborou projeto de lei criando mais 100 postos de agentes comunitários, dobrando o valor da ajuda de custo e exigindo a homologação judicial dos acordos cíveis, a fim de que estes passem a valer como título executivo judicial. Até então, apenas os acordos na área de família eram homologados em juízo.

#### **1.1.4 Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, além de dispor de um programa institucional bastante recente de utilização da mediação (muito embora houvesse iniciativas isoladas em primeira instância no passado), desenvolve também, há alguns anos, um projeto voltado para

a educação jurídica da população carente, escopo compartilhado pela maioria dos programas de mediação comunitária visitados, já que a falta de conhecimentos mínimos, como visto, é um dos principais obstáculos para o acesso à justiça. Por esta razão, o programa em questão, que antecede historicamente o programa de mediação, também foi objeto da pesquisa. As entrevistas foram realizadas em dezembro de 2009.

#### **1.1.4.1 Projeto Justiça Cidadã**

O projeto foi criado em 2004, em parceria com a ONG “Ação da Cidadania contra a Fome, a Miséria e pela Vida”.

Seu escopo pode ser descrito como a promoção de educação jurídica básica para comunidades carentes.

O instrumento utilizado para atingir este objetivo é a realização de cursos para formação de multiplicadores de informações básicas de cunho jurídico.

As turmas são compostas de 20 a 42 pessoas e os cursos são realizados 2 vezes por ano, com carga horária de 36 horas/aula. As aulas são ministradas por magistrados de primeira e segunda instâncias, voluntários, no período da noite, 2 ou 3 vezes por semana. Cada aula dura 3 horas e o curso compreende 12 aulas, durando aproximadamente um mês e meio. Atualmente, cerca de 50 magistrados participam do programa (sendo que a Justiça Estadual no RJ possui cerca de 170 desembargadores e 650 juízes de 1o. grau). De 2004 a 2009, 14 turmas fizeram o curso, totalizando 446 pessoas.

O público-alvo são os líderes comunitários, não importando qual a sua renda ou grau de escolaridade, bem como gestores sociais e técnicos vinculados a instituições públicas ou ONGs e todos os prestadores de serviço que integram os projetos sociais implementados pelo TJ/RJ. Segundo o TJ, cada liderança comunitária (até agora, 235 fizeram o curso) chega a multiplicar seus conhecimentos para 150 famílias, sendo que existe um cadastro com cerca de 100 pessoas inscritas para os próximos cursos.

Os temas abordados são: a) instituições jurídicas (Poder Judiciário/ Ministério Público/ Defensoria Pública/ Polícia Civil e Militar/ etc.); b) Direito do Consumidor; c) Direito de Família; d) Estatuto da Criança e do Adolescente; e) meios alternativos de resolução de conflitos: mediação, conciliação, etc.; f) Direitos Humanos; g) Direito Urbanístico.

Os participantes dos cursos também podem participar de uma reciclagem trimestral, que se constitui de uma palestra com cerca de 3 horas de duração. O número de participantes nestas palestras é de 45 a 114 pessoas, ficando em geral acima de 70 pessoas.

Este projeto tem a natureza de “projeto especial” do TJ/RJ, não tendo sido ainda institucionalizado por ato normativo. Sua coordenadora é a Desembargadora Cristina Tereza Gaulia. As despesas assumidas pelo TJ/RJ resumem-se ao fornecimento de material didático e organização administrativa dos cursos. O *feedback* dos participantes é bastante positivo.

#### **1.1.4.2 Projeto Mediação de Conflitos**

Desde 2006, o TJ/RJ começou a investir em capacitação em métodos de resolução consensual de conflitos.

Em 2009, com o apoio do Ministério da Justiça, no âmbito do PRONASCI, foram realizados cursos sobre meios consensuais de resolução de conflitos para 10 turmas compostas de magistrados e servidores do TJ/RJ. É importante registrar que o TJ/RJ conta, em seu quadro, com cerca de 150 psicólogos e cerca de 300 assistentes sociais. Os cursos de mediação para servidores (escolhidos dentre os psicólogos e assistentes sociais) se qualificarem como mediadores tiveram carga horária de 40 horas e foram frequentados por 189 servidores, sendo que os cursos voltados para magistrados entenderem o funcionamento da mediação tiveram carga horária de 25 horas e contaram com a participação de cerca de 95 magistrados. Os cursos de mediação familiar para servidores tiveram carga horária de 25 horas.

Após as aulas teóricas, está prevista a observação de 5 sessões de mediação e a realização de uma prática supervisionada de 60 horas, em sessões de co-mediação.

Nos próximos cursos, pretende-se implantar também o controle de leitura da bibliografia obrigatória.

Planejava-se realizar, em 2010, cursos de mediação na área criminal, com carga horária de 25 horas. Mais adiante, pretende-se realizar um curso sobre mediação na área cível.

No que diz respeito à atuação prática, os servidores que fizeram o curso têm sido deixados à vontade para escolherem atuar ou não como mediadores, de modo que cerca de 70% deles estão de fato atuando. Quando atuam, a agenda se resume a algumas horas por

semana, pois esta atuação se dá sem prejuízo da carga normal de trabalho e sem remuneração adicional. Entretanto, como a participação na capacitação é voluntária, todos aqueles que participaram assumiram o compromisso de atuar como mediadores, no mínimo, por 150 horas. Além disso, os cursos destinados aos servidores também incluíram alguns participantes externos ao TJ que estão dispostos a atuar como voluntários no programa.

A opção pela mediação tem sido dada aos jurisdicionados das Varas de Família na Comarca do Rio de Janeiro. O número de sessões para chegar a um acordo, em geral, gira em torno de 3 ou 4 encontros e o índice de conciliações chega a 80%. Os mediadores começam a atuar inicialmente apenas como observadores e, depois de um período, passam a mediar. Muitos deles, contudo, relatam sentir necessidade de uma supervisão de sua atuação, sendo que, segundo a coordenadora do Centro de Mediação, Regina Fábregas, está sendo estudada uma forma de viabilizá-la. Uma outra dificuldade encontrada por alguns servidores tem sido afastar-se de suas funções ordinárias para comparecerem às sessões de mediação – existe, porém, uma orientação da Presidência do TJ para que eles sejam devidamente liberados pelas chefias para dar conta de seus compromissos no programa.

Em 10 de dezembro de 2009, foi institucionalizado o Centro de Mediação do Fórum Central da Comarca da Capital, através do Ato Executivo 5555/2009, do Presidente do TJ/RJ.

Os meios consensuais de resolução de conflitos passaram a constar dos cursos de formação inicial dos magistrados, mas ainda não chegaram a constar dos programas dos concursos para ingresso na carreira, estando em estudo para os próximos concursos.

Também em 2009, foi criado o Fórum Permanente de Mediação no âmbito do Estado do Rio de Janeiro e criou-se um fórum de debates sobre mediação na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Planeja-se, no âmbito do programa, ministrar palestras sobre os temas mais comuns nos conflitos.

Ainda, no âmbito da gestão estratégica do TJ/RJ, estão previstas ações preventivas na resolução de conflitos, tal como o programa do “Primeiro Emprego para adolescentes infratores”, que são contratados diretamente pelo TJ/RJ.

### **1.1.5 Vara da Infância e Juventude de Joinville**

O programa de mediação de conflitos na Vara da Infância e Juventude de Joinville teve início em 2003. O juiz titular da Vara de 2003 a 2009, que foi um dos entrevistados, em fevereiro de 2009, Dr. Alexandre Morais da Rosa, nunca atuou como mediador no programa em questão, por concordar com a visão de que o fato de ele ter competência para decidir inibiria ou constrangeria o poder de livre disposição das partes.

Atuam como mediadores os membros de uma entidade sem fins lucrativos que é parceira do programa, devidamente capacitados em mediação (curso de 36 horas, para turmas de até 30 alunos) e supervisionados em sua atuação pelo Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil (IMAB), em número de cinco, sendo uma pedagoga, duas psicólogas, uma psicanalista e uma assistente social. A equipe do programa é composta, além das cinco mediadoras, por uma servidora do Poder Judiciário, com formação em Pedagogia, Dulcemar Bittencourt Ferreira López. Tais mediadoras, em diferentes fases do programa, já atuaram como voluntárias (situação que se mantém atualmente) ou foram remuneradas com recursos de projetos patrocinados pelo Ministério da Justiça (por um ano) ou por ente privado (também durante um ano). Este grupo de mediadoras se reúne quinzenalmente para discutir questões mais complexas que se apresentem durante os procedimentos de mediação, bem como textos relevantes para a compreensão da prática de atos infracionais por adolescentes.

A proposta de mediação é oferecida em todos os casos envolvendo atos infracionais leves (exceto porte de entorpecentes), sendo que, na maioria dos casos (54%), ocorre a celebração de acordos, os quais resultam comumente na remissão da medida sócio-educativa, acompanhada ou não do encaminhamento do adolescente a serviços psicológicos ou outros que sejam considerados apropriados à sua condição. Na grande maioria dos casos em que ocorre acordo (79,6%), são realizadas de quatro a seis sessões de mediação. Em 21% dos casos, houve a interrupção da mediação ou não houve acordo. 17% dos casos ainda estavam em andamento por ocasião da entrevista e, em 8% dos casos, houve encaminhamento do adolescente a atendimento especializado. O delito mais comum é o de agressão (lesões corporais), seguido de fuga, furto, vandalismo e dirigir sem habilitação. Os dados abrangem desde o início do programa até o final de 2008.



Segundo a entrevistada Dulcemar López, todas as integrantes da equipe atuam durante uma tarde por semana. Nas sessões de mediação, participam a servidora do Judiciário e o adolescente acusado da infração e, na grande maioria das vezes, também a vítima participa em algumas sessões. A participação da vítima, assim como a do adolescente, é voluntária (sempre antecedida de uma sessão de pré-mediação), mas acaba ocorrendo quase sempre, segundo a entrevistada, em razão de o mais comum ser que a vítima seja uma pessoa da própria família do adolescente. Uma situação em que costuma haver recusa em participar da mediação por parte da vítima é aquela em que a vítima é um professor do adolescente.

O maior indício dos bons resultados do programa pode ser apontado como o baixíssimo índice de reincidência. Dentre mais de uma centena de casos em que houve a utilização da mediação, em apenas dois deles houve nova prática de crime por parte do adolescente.

#### **1.1.6 Juizados Especiais Criminais de Curitiba – Programa de mediação penal**

O programa de mediação nos quatro Juizados Especiais Criminais de Curitiba, ainda não estendido a outras unidades no Paraná, foi criado em meados da década de 1990, por iniciativa do Juiz de Direito Roberto Portugal Bacellar, com o objetivo de promover a efetiva conciliação entre as partes envolvidas em infrações penais de menor potencial ofensivo. Em novembro de 2009, entrevistei o Juiz de Direito que atuava à época no 3º. Juizado Especial Criminal, Carlos Ritzmann, e o psicólogo Antônio Marcelo R. Andrade, integrante da equipe do programa. Segundo este último, o programa alcançou grande desenvolvimento também graças à atuação do magistrado Francisco Luiz Macedo Júnior, quando este esteve à frente dos Juizados.

Um dos principais instrumentos utilizados para atingir o objetivo do programa é a realização de cursos de capacitação para conciliadores, a qual se viabiliza através de parceria com o Ministério Público do Estado do Paraná, que remunera dois profissionais em tempo integral, ambos com formação em Psicologia, sendo que uma também tem formação em Serviço Social. Estes dois profissionais são encarregados de realizar a seleção e capacitação dos conciliadores, que são aproximadamente em número de dez por Juizado. Registre-se que cada Juizado recebe, em média, 100 feitos por mês.

Os conciliadores, em geral, são estudantes e Bachareis em Direito, graduados em Psicologia ou outros cursos da área de ciências humanas e alguns advogados. É um dos requisitos para participar da capacitação ser estudante ou graduado em curso superior.

A capacitação envolve uma primeira fase de 12 horas de aulas teóricas (envolvendo noções básicas de funcionamento do Juizado Especial Criminal, técnicas de mediação, estudo das questões de fundo e conflitos subjacentes geralmente existentes, entendimento dos objetivos de pacificação social do programa), seguida de avaliação de conhecimentos. A fase prática, que é supervisionada, exige aprovação na fase anterior, além de uma dedicação de 12 horas semanais, por aproximadamente 6 meses, assim distribuídas: a) 16 horas de observação; b) 8 horas de observação do mediador encarregado da supervisão; c) individualização da supervisão, em que o mediador em treinamento passa a atuar em conjunto com o mediador encarregado da supervisão e, em seguida, sozinho, porém observado pelo mediador supervisor. Ao final, os alunos passam por uma prova prática, em que são avaliados pelos dois psicólogos que organizam a capacitação e ministram as aulas teóricas, seguida de uma reunião entre os avaliadores, aluno em supervisão e mediador supervisor, na qual se discutem todos os pontos a serem melhorados).

Além disso, realizam-se reuniões administrativas bimestrais para reciclagem de conhecimentos e procedimentos.

Segundo foi informado pelo psicólogo entrevistado, que faz parte da equipe do programa, somente 70% das audiências preliminares são instaladas, sendo que, dentre estas, aproximadamente 70% resultam em acordos entre as partes.

A distribuição e remuneração do trabalho dos mediadores se dá por sessão de mediação. Os mediadores recebiam uma ajuda de custo fixa de R\$ 300,00 por mês e, atualmente, passaram a receber um valor de R\$ 30,00 por sessão de mediação, limitando-se o pagamento ao máximo de 30 sessões por mês.

Os diferentes procedimentos envolvendo as mesmas partes são sempre reunidos para realização das sessões de mediação (inclusive ações cíveis, se existirem).

Os magistrados titulares dos juizados não realizam a conciliação em fase preliminar, mas, algumas vezes, retomam a tentativa de conciliar antes de dar prosseguimento ao feito. As transações penais somente são homologadas quando é necessário executá-las em caso de

descumprimento. O cumprimento dos acordos não é monitorado nos crimes de ação privada, mas apenas nos crimes de ação penal pública.

## **1.2 Experiências no âmbito da Defensoria Pública**

Alguns poucos Estados brasileiros possuem programas de mediação de conflitos em suas Defensorias Públicas. Dois destes programas foram incluídos na pesquisa, em razão de seu pioneirismo: os dos Estados do Ceará e do Pará.

### **1.2.1 Defensoria Pública do Estado do Ceará – núcleos de Justiça Comunitária**

Entrevistei o Dr. Fábio Ivo Gomes e o Dr. Vinícius Noronha da Costa, Defensores Públicos do Estado do Ceará que atuam no núcleo João XXIII, um dos três núcleos descentralizados da Defensoria Pública do Estado do Ceará, instalados em comunidades carentes de Fortaleza. Em cada um deles, funciona um núcleo de “Justiça Comunitária”, que atua com mediação.

O núcleo de mediação comunitária que funciona ao lado do núcleo João XXIII é o mais antigo, tendo sido instalado em 1996, sendo que anteriormente foi mantido por outras instituições estaduais, como a Ouvidoria do Governo de Estado, a Secretaria de Justiça e Cidadania e o Ministério Público do Estado do Ceará. O mais novo, ainda em fase de estruturação em março de 2009 (data da entrevista), era o núcleo que funciona junto ao núcleo descentralizado Tancredo Neves, e o terceiro núcleo é o que funciona junto ao núcleo descentralizado Mucuripe, instalado desde 2004. Existe a intenção de instalar mais três núcleos em Fortaleza.

O núcleo descentralizado da Defensoria interage com o núcleo de Justiça Comunitária, segundo o Dr. Vinícius Noronha da Costa, em duas frentes: a) educação popular, com a realização de palestras informativas sobre temas de interesse da comunidade, bem como articulação com os órgãos públicos competentes para atender demandas identificadas nestas ocasiões; b) orientação jurídica quando as pessoas da comunidade buscam informações sobre seus eventuais direitos.

Cada um dos núcleos descentralizados da Defensoria atua com três Defensores Públicos e cerca de seis estagiários de Direito. Em cada núcleo de Justiça Comunitária atuam cerca de 20 mediadores comunitários, sendo que alguns deles desempenham voluntariamente funções administrativas.

Os mediadores são pessoas da comunidade que preencham os requisitos para passar pela capacitação oferecida pela Defensoria, com carga horária de aproximadamente 20 horas. Estes requisitos são: serem membros da comunidade onde irão atuar; ter idade mínima de 18 anos; possuir ensino fundamental completo; possuir experiência em trabalho voluntário; não possuir filiação partidária.

Depois de selecionados, os mediadores passam por uma capacitação, cujo conteúdo programático envolve: conceito de métodos alternativos de resolução de conflitos, o processo de mediação, a sessão de pré-mediação, o processo de escuta, técnicas de mediação. Os instrutores são os próprios Defensores Públicos que foram capacitados em mediação por consultores do Ministério da Justiça, existindo a intenção de incluir a psicóloga e a assistente social que foram contratadas para o projeto como instrutoras no futuro.

Os mediadores têm uma carga horária semanal de 8 horas e recebem uma ajuda de custo mensal no valor de R\$ 190,00. No primeiro processo seletivo do núcleo Tancredo Neves, houve 135 inscritos para as 20 vagas disponíveis, sendo que, no mesmo período, no núcleo João XXIII, houve 30 inscritos para as 8 vagas disponíveis. As entrevistas para a seleção são realizadas por um Defensor Público e um líder comunitário do local.

Os mediadores, em geral, são aposentados ou donas de casa e costumam permanecer por muito tempo na função, sendo que alguns apenas deixam a função quando começam a trabalhar com vínculo empregatício em outro local.

O cumprimento dos acordos costuma ser monitorado informalmente.

O projeto não dispunha, até 2009, de registro dos atendimentos de resolução de conflitos, não havendo tampouco, portanto, registro do índice de comparecimento às sessões de mediação ou de realização de acordos. Segundo o Dr. Fábio Gomes, cerca de 150 pessoas são atendidas mensalmente pelo núcleo de Justiça Comunitária do João XXIII.

Entretanto, a satisfação da comunidade parece estar caracterizada pelo fato de várias associações de moradores de outras comunidades terem manifestado interesse em construir projetos de mediação similares.

### **1.2.2 Defensoria Pública do Estado do Pará – Núcleo de Mediação e Arbitragem**

O núcleo em questão foi inaugurado em 2006 e está instalado numa região (bairro de Jurunas) caracterizada pela maior incidência de tráfico de drogas em Belém.

O núcleo oferece a possibilidade de mediação para processos de família e cíveis em geral, sejam ou não de competência dos Juizados Especiais Cíveis, inclusive em fase de execução. Também ocorre a mediação informal (sem celebração de acordo escrito) de pequenos conflitos de natureza trabalhista. A possibilidade de utilizar a mediação é oferecida em primeiro lugar a todas as pessoas carentes que o procuram, sendo que moradores de outras regiões da cidade ou até mesmo do interior, muitas vezes, procuram o núcleo por conta do atendimento utilizando a mediação. O encaminhamento para a mediação se dá também por indicação de outros Defensores, mas em 90% dos casos ocorre a busca espontânea das partes.

Os mediadores são três Defensores Públicos devidamente capacitados em mediação (curso de 240 horas, oferecido pelo CONIMA, que abrange formação teórica e supervisão da atuação prática), sendo uma Defensora em período integral e dois em meio período. O núcleo também conta com psicólogo e assistente social, que atendem os casos em que houver a solicitação de um dos Defensores. Entrevistei, em agosto de 2009, a Defensora e mediadora em período integral, Dra. Léa Cristina Baptista de Siqueira de Vasconcelos Serra. Registre-se que a Defensoria do Pará conta com um total de 250 integrantes (Defensores Públicos).

O número de sessões de mediação gira em torno de 50 por mês. Em 90% dos casos em que as partes se dispõem a utilizar a mediação, o acordo é obtido, sendo que o número de sessões, em geral, é de dois ou três por conflito. O primeiro atendimento tem uma data pré-combinada entre as partes, sendo que os mediadores não esclarecem dúvidas jurídicas das partes, remetendo-as a outros Defensores (se as partes forem carentes) ou a advogados externos. Os advogados externos das partes podem assistir, mas não podem interferir na sessão de mediação, podendo, se for o caso, pedir para conversar em separado com seus clientes.

Nos raros casos de descumprimento do acordo, sempre que informado pela parte prejudicada, o próprio núcleo providencia a execução do acordo. Os acordos firmados na área de família ou no curso de processos judiciais de natureza cível são sempre devidamente homologados em juízo.

Os casos mais comumente atendidos pelo núcleo são: violência doméstica (havendo registro de situações em que o agressor cessou a conduta ofensiva, sem separação), conflitos de consumo, conflitos entre vizinhos, locação, investigação de paternidade, ações de alimentos, inventário, acidentes de trânsito, cobranças de dívidas. Nos conflitos que envolvem o Poder Público, os entes competentes são também convidados para a mediação e geralmente são abertos ao acordo. Se se tratar, porém, de conflitos coletivos, o assunto é encaminhado ao Ministério Público.

A entrevistada relatou casos interessantíssimos de sua experiência pessoal como mediadora, revelando um alto grau de satisfação com a função: houve o caso do ex-marido que, após ser encaminhado ao tratamento adequado, parou definitivamente de consumir drogas e o casal se reconciliou; houve um acordo de alimentos em que o pai se comprometeu simplesmente a fornecer as refeições aos filhos, em sua própria casa, durante a semana; houve o caso da mulher que aceitava a condição de vítima de violência doméstica porque não podia trabalhar pra sustentar os filhos e que, após conseguir vaga para eles em uma creche, com o auxílio da Defensoria, conseguiu se separar; houve o caso do conflito entre vizinhos que estava quase resvalando para a prática de um crime quando as partes buscaram a mediação e conseguiram resolver o assunto; entre tantos outros.

### **1.3 Experiências no âmbito do Poder Executivo**

Alguns Estados brasileiros vêm desenvolvendo programas de mediação de conflitos, normalmente voltados a pessoas carentes, na esfera de Secretarias de Justiça ou de Segurança Pública. A pesquisa incluiu programas desta natureza identificados nos Estados de Minas Gerais e São Paulo.

#### **1.3.1 Secretaria de Estado de Defesa Social do Estado de Minas Gerais – Programa Mediação de Conflitos**

Entrevistei, em outubro de 2008, Karina Brandão Cambraia, supervisora integrante da equipe do programa com formação jurídica. A equipe é integrada atualmente também por mais dois supervisores, um com formação jurídica e outro psicólogo, além da Coordenadora e do Gerente de Metodologia, ambos com formação em Psicologia.

O programa foi criado em 2004, muito embora, até 2008, ainda não tivesse uma institucionalização específica em lei estadual (um projeto de lei sobre o assunto estava sendo encaminhado à Assembleia Legislativa). Seu escopo pode ser descrito como a promoção de meios consensuais de resolução de conflitos individuais ou coletivos para comunidades carentes.

A formulação do programa fundou-se em forte parceria com o projeto de extensão Polos da Cidadania, coordenado pela Profa. Miracy Gustin, da Faculdade de Direito da UFMG, o qual, desde 2001, desenvolveu metodologia de mediação de conflitos em comunidades.

Um dos instrumentos utilizados para atingir os objetivos do programa é a capacitação e contratação de mediadores e estagiários, por intermédio de uma OSCIP parceira, o Instituto Elo, de Belo Horizonte. A carga horária dos cursos de capacitação é de 8 horas. As aulas são ministradas por supervisores integrantes da equipe do programa, os quais realizam também a supervisão contínua das atividades desenvolvidas em cada um dos núcleos de mediação.

O público-alvo dos cursos de capacitação, inicialmente, eram pessoas com formação em Direito, Psicologia ou Serviço Social, sendo que foi ampliado mais recentemente para outras áreas de Ciências Sociais. Existe uma ampla divulgação das vagas em universidades, bem como seleção com base em currículo e entrevistas (no caso dos estagiários) e também dinâmicas de grupo (no caso dos mediadores).

Os mediadores e estagiários são remunerados pela OSCIP parceira da Secretaria de Estado de Defesa Social, com um salário de R\$ 1.500,00 mensais para os primeiros e R\$ 500,00 para os estagiários – característica única entre os programas de mediação comunitária pesquisados. A jornada de trabalho é de seis horas diárias, sendo que o atendimento à comunidade se dá durante três dias por semana. Um dia por semana é destinado a atividades de capacitação ou supervisão dos casos e um dia por semana é destinado à discussão dos mesmos.

O atendimento inclui orientações jurídicas, além da resolução de conflitos propriamente dita. A partir dos atendimentos, são identificados os conflitos mais comuns, a fim de programar atividades (palestras, projetos, etc.) que possam prevenir e minimizar aquele tipo de conflito, em conjunto com as entidades parceiras identificadas no momento de implantação de cada núcleo.

O programa conta atualmente com oito núcleos em Belo Horizonte, dez na Região Metropolitana e cinco no interior, sempre em áreas de alto grau de exclusão social e altos índices de criminalidade. Foram realizados mais de 55 mil atendimentos em seus primeiros quatro anos de funcionamento. Cada núcleo conta com três mediadores, além de quatro estagiários de cursos de Direito, Psicologia e Serviço Social.

Quando se caracteriza um conflito, na maioria das vezes, as partes aceitam utilizar a mediação. Dentre os que comparecem, a maioria acaba realizando o acordo.

O programa não realiza o monitoramento do cumprimento dos acordos, mas, em três ocasiões diferentes, já contratou entidades independentes para avaliar o grau de satisfação dos usuários. A primeira pesquisa, realizada em 2007 pelo Instituto Noos, foi realizada, por amostragem, em três dos núcleos (um na capital, um em sua região metropolitana e outro no interior), revelou que os usuários do programa lhe atribuem, em média, notas de 9,7 a 10,0, demonstrando um altíssimo grau de satisfação com os serviços prestados. As pesquisas seguintes, realizadas por entidades distintas, também revelaram que continua sendo mantido alto padrão de qualidade.

Quando não se alcança a resolução amigável do conflito, os interessados são encaminhados à Defensoria Pública ou aos Núcleos de Prática Jurídica das Faculdades de Direito parceiras.

Nos casos de conflitos coletivos envolvendo o Poder Público, os mediadores auxiliam os envolvidos a se articularem e apresentarem suas demandas perante os órgãos competentes.

Um importantíssimo efeito multiplicador desta experiência foi o Projeto Mediar, desenvolvido no âmbito da Polícia Civil, onde se utilizam as técnicas de mediação para a contenção de conflitos surgidos na esfera de atuação de seis Delegacias de Belo Horizonte, ainda que estes conflitos não envolvam infrações penais, mas justamente para prevenir a prática de crimes. Os policiais participam, inclusive, das capacitações semanais promovidas no âmbito dos núcleos de mediação de conflitos.



### **1.3.2 Secretaria de Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo – Projeto Mediação Comunitária**

A Secretaria de Justiça do Estado de São Paulo conta com um programa chamado “Centro de Integração da Cidadania” (CIC), que, segundo o sítio oficial do órgão, “visa proporcionar o acesso à justiça, por intermédio de serviços públicos de qualidade para a população e o incentivo à cidadania comunitária”, contando com dez postos de atendimento localizados em regiões periféricas da Grande São Paulo e Campinas, onde se realizam desde a emissão gratuita de documentos até atendimentos do PROCON, Defensoria Pública, Delegacias e Juizados Especiais Cíveis, além de diversas atividades educativas e culturais.

No âmbito destes postos de prestação de serviços públicos à comunidade, funcionam também, desde 2004, “Núcleos de Mediação”, onde atuam mediadores voluntários que buscam facilitar a resolução de conflitos no âmbito da comunidade local.

Segundo o entrevistado, Theo Lovizio de Araujo, servidor da referida Secretaria à época, os postos do CIC existem desde 1996, mas, até 2007, a Assessoria de Defesa da Cidadania é que era a divisão responsável pela difusão da mediação.

Segundo a coordenadora do CIC, Maria Isabel Cunha Soares, outros órgãos públicos que são parceiros da Secretaria neste assunto são a Universidade Livre do Meio Ambiente e Promoção da Cultura da Paz (UMAPAZ), órgão municipal ligado à Secretaria Municipal do Verde e Meio Ambiente, que promoveu curso de capacitação em mediação em novembro de 2007, e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, bem assim entidades da sociedade civil, como o “Sou da Paz” e o CEBEPEJ, tendo todos eles firmado um protocolo de intenções em 2007 no sentido de promover a cultura da paz e fomentar a mediação em áreas de alta vulnerabilidade social.

Os mediadores comunitários que atuam junto aos CICs passaram por ações de capacitação. Em alguns deles, as mediações são feitas por juízes de paz; em outros, por líderes comunitários. O programa chegou a se utilizar também de advogados voluntários, que, segundo o servidor entrevistado, nem sempre haviam passado por ações de capacitação.

O programa não contava, ainda, por ocasião da entrevista, em setembro de 2008, com sistema que mensurasse o número de atendimentos, o índice de obtenção de acordos, muito

menos o seu cumprimento. Também não existia sistema de avaliação do grau de satisfação dos usuários com os serviços.

### **1.3.3 Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)**

O programa de mediação de conflitos da ANEEL, desenvolvido no âmbito da Superintendência de Mediação Administrativa (SMA), possibilita a resolução amigável de conflitos entre concessionárias de serviços no setor de energia elétrica. O programa não se destina a resolver conflitos entre usuários e concessionárias, os quais são atendidos por meio da Ouvidoria da agência.

Segundo o entrevistado em outubro de 2010, Dr. Alex Sandro Feil, coordenador do programa, a utilização da mediação é inteiramente voluntária para as partes envolvidas, sendo que são atendidos pelo programa cerca de 30 casos por ano, obtendo-se acordo em cerca de 75% dos casos, sendo que, em outros 15%, o conflito acaba sendo resolvido de alguma outra forma, tal como alteração de normas administrativas aplicáveis ao setor. O tempo médio entre a solicitação da mediação do conflito e a obtenção do acordo final é de quatro a seis meses. Normalmente, são realizadas primeiramente sessões privadas com cada uma das partes, até que estas estejam preparadas para dialogar de forma produtiva em uma ou mais sessões conjuntas. As partes costumam comparecer acompanhadas de advogados ou técnicos no assunto a elas vinculados. Os acordos obtidos costumam incluir sanções para o caso de descumprimento e a agência não monitora o seu cumprimento, mas, como informou o entrevistado André Ruelli, caso solicitada, auxilia as partes a dirimir dúvidas que possam surgir durante a execução do acordado, sendo que, naturalmente, outras áreas da ANEEL (fiscalização, regulação econômica, etc) podem vir a atuar em questões atinentes aos acordos firmados.

Os acordos respeitam sempre os limites e critérios estipulados nas normas que regulam o setor. A confidencialidade das sessões ou de documentos que integram o processo é mantida ou não consoante a vontade das partes, mas não costuma haver solicitação de terceiros no sentido de comparecer a sessões de mediação.

Os mediadores quase sempre atuam em sistema de co-mediação (dois mediadores), sendo que os coordenadores do programa foram capacitados em mediação e treinaram os

demais mediadores nas técnicas de mediação. O programa também realiza, periodicamente, atividades de reciclagem de conhecimentos na matéria, mediante palestras ou oficinas com especialistas no assunto. Nenhum dos mediadores atua exclusivamente com mediação, pois a atuação da SMA abrange também a coordenação da ouvidoria setorial, audiências públicas e consultas públicas no âmbito da ANEEL.

Um ponto importantíssimo do programa de mediação da agência é que este contempla, com muita frequência, a realização de estudos técnicos necessários para viabilizar o acordo, caso em que os próprios especialistas da agência os desenvolvem, em colaboração com as partes.

#### **1.3.4 Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)**

De acordo com os entrevistados, em novembro de 2010, Diogo Thomson de Andrade, Fernando A. A. de Oliveira Júnior e Victor Santos Rufino, todos Procuradores Federais junto ao CADE, e Tatiana Aranovich, gestora pública que também atua na autarquia, a agência utiliza meios consensuais de solução de conflitos em três situações: a) no processo de análise de atos de concentração, durante o qual pode ser celebrado o Termo de Compromisso de Desempenho, previsto no art. 58 da Lei 8.884/94; b) ainda no curso do mesmo procedimento, pode ser celebrado o Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação (APRO), o qual se encontra previsto no parágrafo único do art. 139 do Regimento Interno do CADE, que dispõe que este instrumento, “conforme os artigos 55 e 83 da Lei n. 8.884/94 e os artigos 5º. e 6º. da Lei nº. 7.347/85, estabelecerá as medidas aptas a preservar inalteradas as condições de mercado, prevenindo alteração irreversível ou de difícil reparação, até o julgamento do mérito do Ato de Concentração, evitando o risco de tornar ineficaz o resultado final do procedimento”; c) a celebração de Termo de Compromisso de Cessação de conduta que possa caracterizar infração à ordem econômica, tal como previsto no art. 53 da Lei nº. 8.884/94.

Quanto a este último, a possibilidade de celebração da transação se verifica a partir de um requerimento do interessado, o que se dá em pequeno número de casos dentro do universo de procedimentos destinados a apurar a prática de infração – de acordo com os entrevistados, que atuam em tais procedimentos, o percentual de casos em que isto ocorre não deve chegar a 5%. Ressalte-se, contudo, que o número de compromissos de cessação celebrados é bastante

superior ao de julgamentos desfavoráveis aos investigados <sup>301</sup>, o que indica que a sua não celebração, na maior parte dos casos, se deve ao fato de a conduta investigada não caracterizar efetivamente infração à ordem econômica. Em outras palavras, na maior parte dos casos em que a conduta lesiva efetivamente existe, ocorre a celebração do compromisso de cessação.

Dentre os casos em que ocorre o requerimento, ou seja, nas hipóteses em que o interessado apresenta uma proposta de celebração de compromisso, o acordo chega efetivamente a ser celebrado em cerca de 75% dos casos. A celebração do compromisso de cessação é fruto de intensa negociação entre o representado e a Comissão de Negociação, composta de, no mínimo, três servidores do CADE (normalmente alguns são Procuradores), que atua consoante as diretrizes do Conselheiro que seja o relator do processo (a participação mais ou menos intensa do Conselheiro nos trabalhos da comissão depende de cada um deles, assim como da complexidade do caso concreto; cada Conselheiro concede mais ou menos autonomia à comissão). Os três servidores são escolhidos dentre os dez membros de um Grupo Técnico de Negociação, comitê permanente criado em 2008 <sup>302</sup> e encarregado de atuar nestas comissões de negociação. O processo poderá durar até 60 dias e as regras do procedimento estão dispostas nos artigos 129 a 130 do Regimento Interno do CADE.

Os critérios para celebração dos compromissos levam em conta, entre outros fatores, a existência ou não de incerteza quanto aos fatos investigados ou sua dimensão, os custos da eventual realização de instrução, bem assim, naturalmente, a proteção aos interesses que é buscada pela norma proibitiva. Da parte das empresas representadas, estas costumam atribuir grande peso ao impacto do processo em sua reputação no mercado, dado que a existência de processos de tal natureza costuma ter grande divulgação na mídia.

A decisão final sobre a celebração ou não do acordo, seja no caso do compromisso de cessação (durante os procedimentos de apuração de infração à ordem econômica), seja no caso do compromisso de desempenho, ou ainda no caso do acordo de preservação da

---

<sup>301</sup> Até outubro de 2010, por exemplo, houve apenas dois julgamentos desfavoráveis, ao passo que foram firmados quatorze termos de compromisso de cessação.

<sup>302</sup> O Grupo Técnico de Negociações foi criado pelo Despacho nº. 165/2008 da Presidência do CADE, em observância à Resolução CADE nº. 50 de 1 de outubro de 2008. A criação deste grupo, segundo os entrevistados, representou um marco na gestão das negociações no âmbito do CADE, pois possibilitou a capacitação de um quadro permanente de servidores em estratégias de negociação, a instituição de um banco de dados que registre a experiência acumulada, a realização de estudos e discussão das melhores práticas internacionais na matéria, assim como a concepção de planos de trabalho que utilizem este aprendizado. Nenhum dos integrantes do grupo, porém, atua exclusivamente em tais negociações.

reversibilidade da operação, supra mencionado (estes últimos, como visto, assumidos por ocasião do julgamento de atos de concentração), é do plenário do CADE.

Os entrevistados informaram que, no caso do compromisso de cessação de conduta, o monitoramento do seu cumprimento é realizado pela Procuradoria. No caso dos compromissos de cessação, o percentual de cumprimento é bastante próximo de 100%, ao passo que, no caso de compromissos de desempenho, é mais comum a apresentação de requerimentos de revisão de algumas das obrigações previstas no acordo por parte dos interessados. Esta, aliás, é uma das grandes demonstrações da efetividade da negociação, pois, no processo tradicional de cobrança de penalidades impostas pelo CADE, apenas 18% das obrigações foram cumpridas e apenas 11,47% do valor total inscrito em dívida ativa pela Procuradoria do CADE de 2003 a 2008 foi efetivamente recolhido.

### **1.3.5 Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS)**

Conforme me relatou Nilton Telichevesky, Gerente de Energia Elétrica da AGERGS, que entrevistei em novembro de 2010, a agência utiliza meios consensuais de solução de conflitos em quatro frentes: a) o sistema de mediação de conflitos propriamente dito; b) a elaboração de atos normativos ou de contratos-padrão para determinados serviços, que se dá de forma dialogada e participativa com os entes regulados quando se trata de normas de grande impacto ou de contratos com cláusulas que ensejam grande divergência; c) a solução de conflitos entre usuários e entes regulados; d) a recomendação de celebração de termos de ajustamento de conduta no curso de processo de apuração de infração administrativa. Em todos eles, o índice de obtenção de acordos é bastante elevado.

A mediação de conflitos, na qual atuam os técnicos do setor em que se dá o conflito, com apoio do Departamento Jurídico da agência, já foi utilizada para alguns conflitos de grande dimensão, como: a) a regularização das permissões para fornecimento do serviço de energia elétrica pelas cooperativas de eletrificação rural que atuavam em todo o Estado <sup>303</sup>,

---

<sup>303</sup> Segundo noticia Luciano Schumacher Santa Maria, em trabalho publicado na Revista Marco Regulatório, da AGERGS (2002, p. 57-61), as “reuniões envolveram sempre representantes dos dois agentes, cooperativa e concessionária. Foram reuniões de caráter técnico, sempre envolvendo permutas de áreas e consumidores, proposição de alternativas de parte a parte, definições de novas medições em campo, etc.” (2002, p. 59). Um outro ponto interessante relatado pelo autor foi a participação do Ministério Público em conflitos que envolviam

cuja área de atuação afetava a delimitação territorial da área de atuação das três grandes concessionárias que fornecem serviços de energia elétrica em todo o Estado; b) a elaboração de minutas de projetos de leis municipais, convênios entre Municípios e o Estado, convênios entre Municípios e AGERGS e contratos-padrão para prestação de serviços de saneamento básico pela concessionária aos Municípios, processo que envolveu mais de 40 reuniões entre a AGERGS, a concessionária (CORSAN) e a entidade que representa os Municípios do Estado (FAMURS – Federação das Associações de Municípios do Rio Grande do Sul) <sup>304</sup>; c) a elaboração de contrato-padrão para fornecimento de serviços de iluminação pública aos Municípios, processo em que a AGERGS intermediou o diálogo das concessionárias dos serviços com a FAMURS, sendo que, em razão de recente alteração do quadro normativo (Resolução 414 da ANEEL), uma das concessionárias já solicitou a instauração de novo processo de mediação; d) a elaboração de um Plano de Correção para adequar o fornecimento dos serviços de energia elétrica no Município de Quaraí, resultante de uma reclamação da Câmara de Vereadores quanto à qualidade dos serviços da concessionária, etc.

No que tange às reclamações dos usuários dos serviços, os assuntos mais comuns são procedimentos de apuração de fraudes no medidor de energia elétrica, furto de energia elétrica e ressarcimento de danos por interrupção do serviço de fornecimento de energia elétrica. Em geral, as concessionárias acabam se ajustando ao entendimento da agência, pois as reclamações registradas pela ouvidoria são repassadas ao setor de fiscalização, quando é o caso. Na maior parte dos casos, os usuários precisam apenas de esclarecimentos quanto às regras do setor, mas em pequeno número de casos é interposto recurso administrativo, sendo ainda mais rara a judicialização do conflito.

No caso do processo de fiscalização de infrações administrativas, a recomendação de celebração de termo de ajustamento de conduta, desde a Resolução nº. 333 da ANEEL, ocorre sempre que houver solicitação da concessionária e for possível verificar a viabilidade do plano de correção por ela apresentado.

---

discussões sobre a segurança da população: “Em conflitos de maior gravidade, nos quais havia graves riscos à segurança da população e dos funcionários de manutenção de ambos os agentes, as discussões a respeito das deliberações da AGERGS, que determinou a permuta de consumidores entre os agentes como forma de desfazer perigosos cruzamentos de redes, envolveram inclusive o Ministério Público, tal como ocorreu no município de Dona Francisca.” (2002, p. 60).

<sup>304</sup> O processo em questão também foi tratado em trabalho publicado na Revista Marco Regulatório, da AGERGS (2008, p. 43-52), intitulado “A regulação do serviço público de saneamento: procedimentos de viabilização”, de autoria de Ricardo Pereira da Silva e Stelamaris Calovi. Registre-se que esta última, que atua no Departamento Jurídico da AGERGS, também participou de parte da entrevista de pesquisa ora relatada.

Também ocorre eventualmente a celebração de termos de ajustamento de conduta no curso de inquérito civil promovido pelo Ministério Público, como se deu num procedimento investigatório iniciado pelo *parquet* quanto ao serviço de fornecimento de energia elétrica no Município de Sobradinho, o qual vinha tendo problemas de qualidade em razão de inadequações no nível de tensão.

Em um outro inquérito civil, promovido no Município de Pinheiro Machado, o Ministério Público se satisfaz com a realização de um monitoramento mais intenso pela AGERGS da qualidade dos serviços de fornecimento de energia elétrica pela concessionária, os quais vinham sofrendo interrupções curtas que causavam transtornos à população.

#### **1.4 Experiências no âmbito de Universidades**

Uma pequena parcela do imenso número de Faculdades de Direito em nosso país vem instituindo, de forma espontânea e pioneira, programas que utilizam meios consensuais de solução de conflitos no âmbito de seus “escritórios-modelo” ou “núcleos de prática jurídica”, isto é, os espaços voltados à realização de estágio real supervisionado, que normalmente são voltados exclusivamente a pessoas carentes.

##### **1.4.1 Universidade Federal de Santa Catarina – Escritório-Modelo de Assistência Jurídica – Núcleo de Mediação e Arbitragem**

Entrevistei, em novembro de 2009, o Prof. Dr. Ildemar Egger, que coordena o projeto.

O núcleo em questão começou a ser planejado e estruturado no segundo semestre de 2003 e início de 2004, sendo que houve atendimentos de 2005 a 2007 (com índice de 70 a 80% de obtenção de acordos) e uma reformulação do programa em 2008, com apresentação de projeto ao Ministério da Justiça, buscando financiamento por meio do programa Pacificar, sendo que o reinício das atividades de capacitação se deu em 2009. O programa se destina a resolver consensualmente conflitos na área cível, de família, criminal e trabalhista envolvendo a população carente atendida pelo Escritório-Modelo de Assistência Jurídica da UFSC.

O núcleo busca capacitar alunos que estão iniciando o estágio obrigatório em Direito e já tiveram a capacitação teórica (na disciplina de mediação, oferecida no 6º. semestre do

curso) e que desejam realizar também o estágio em mediação e conciliação, realizando, no 7º. semestre do curso, prática supervisionada e, a partir do 8º. semestre, já podem atuar como mediadores ou conciliadores. Foi também oferecido aos alunos curso de capacitação oferecido com o patrocínio parcial do programa Pacificar em 2009. O núcleo é também um espaço para capacitar estagiários de Psicologia e Serviço Social, sob a supervisão de professores das suas respectivas áreas. Atualmente, atuam no núcleo cinco estagiários de Psicologia e seis de Serviço Social. Nenhum dos estagiários são remunerados.

Quanto aos procedimentos, a participação na mediação é sempre voluntária, sendo que, na prática, a maioria dos casos ainda está sendo resolvida com técnicas de conciliação. O número de sessões para chegar ao acordo varia, em geral, de três a cinco.

Segundo o entrevistado, o índice de comparecimento das partes às sessões de mediação ou conciliação é de cerca de 80%, sendo que o índice de acordos, nestes casos, é de cerca de um terço. No caso dos acordos na área de família, estes são submetidos a homologação judicial.

Não existe monitoramento do cumprimento dos acordos, providenciando-se a execução se uma das partes alegar descumprimento, o que é raro.

Por fim, foi possível averiguar que o núcleo de mediação ainda não atende toda a clientela do escritório-modelo da UFSC, sendo que a média mensal de atendimentos de mediação é de cinco casos, enquanto que o número de casos em que se utiliza a conciliação é de 50 casos por mês.

#### **1.4.2 Universidade de Fortaleza (UNIFOR) – Escritório de Prática Jurídica – Serviço de Solução Extrajudicial de Disputas (SESED)**

Em agosto de 2009, entrevistei a Profa. Roberta Vasques, coordenadora da equipe, entrevista que foi complementada por telefone em setembro de 2010.

O Escritório de Prática Jurídica do curso de Direito da UNIFOR foi criado em 2000, com a instituição de uma prática jurídica voltada para a resolução consensual de conflitos envolvendo as pessoas carentes atendidas pelo serviço.



Os professores supervisores do estágio em questão são todos previamente capacitados em mediação, sendo que os alunos passam por uma capacitação teórica de aproximadamente 16 horas durante todos os sábados do semestre em que estão realizando o estágio.

A realização do estágio no SESED é voluntária para os alunos do curso de Direito, exigindo-se apenas que já tenham cursado Teoria Geral do Processo, podendo estar em qualquer altura do curso. Já a disciplina teórica de Meios Extrajudiciais de Resolução de Conflitos é obrigatória. O interesse entre os alunos pela realização do estágio sempre foi muito grande, sendo que a cada semestre cerca de 120 alunos o realizam, sob a supervisão de 13 professores.

O primeiro atendimento verifica qual é o conflito e oferece a possibilidade de mediação (exceto quando houver histórico de violência) ou conciliação, explicando-se em que consiste e quais os objetivos e instrumentos da mediação ou da conciliação.

Se a parte interessada aceitar <sup>305</sup>, envia-se uma carta-convite pelo correio à outra parte, marcando-se a primeira sessão para daí a aproximadamente 15 dias. Nos casos em que a outra parte está presente ou comparece pessoalmente espontaneamente, a primeira sessão é marcada para a data mais próxima, conforme possibilidades das partes. Em cerca de 50% dos casos em que a primeira das partes aceita realizar a mediação ou conciliação, a sessão vem efetivamente a ser realizada, sendo que, dentre as sessões realizadas, cerca de metade utilizam a metodologia da mediação e metade de conciliação.

Meia hora antes da primeira sessão, realiza-se uma pré-mediação, pela psicóloga ou pela assistente social integrantes da equipe ou por estagiários do curso de Psicologia ou de Serviço Social, na qual se explica o procedimento da mediação, a fim de que as partes se comprometam com ele. As sessões são realizadas em conjunto ou em separado com cada uma das partes, quando é o caso, sempre em salas onde se garante o devido sigilo. A escolha da aplicação de técnicas de conciliação ou mediação se faz caso a caso. Quase sempre, uma única sessão é suficiente para obter o acordo e o mais comum é que as partes requeiram a

---

<sup>305</sup> Não foi possível apurar qual o percentual de casos em que isso ocorre, pois as estatísticas de atendimento mantidas pela administração do programa não registram o número de casos, mas sim o número de ocasiões em que as partes comparecem ao Escritório de Prática Jurídica. Entretanto, é possível comparar o número de atendimentos em mediação ou conciliação (710 no primeiro semestre de 2010) com o número total de petições iniciais elaboradas no mesmo período (2379), demonstrando assim que, na melhor das hipóteses, os meios consensuais são utilizados em pouco mais de 20% dos casos.

homologação judicial do acordo. O índice de obtenção de acordos nas sessões efetivamente realizadas foi de 74% em 2009 e superior a 80% no primeiro semestre de 2010.

Embora não exista o monitoramento do índice de cumprimento dos acordos, relatou-se serem raros os casos em que as partes eventualmente prejudicadas por um descumprimento procuram o núcleo para executar o acordo.

As sessões de mediação ou conciliação são realizadas pelos alunos do curso de Direito que estão realizando o estágio, sob a supervisão de professores da área de Direito que estão presentes em todas as sessões. Pode haver a co-mediação de pessoas da área de Psicologia ou Serviço Social. Não participam da sessão aqueles que tiverem participado do primeiro atendimento.

Quando se verifica que o problema exige um atendimento especializado em outras áreas, as partes são encaminhadas para terapia de casal, atendimento médico de alcoolismo, capacitação profissional, etc.

O programa tem uma parceria com o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, através da Semana da Conciliação, que se realiza anualmente e na qual o Judiciário seleciona casos na área cível e de família, em tramitação em juízo, que entenda apropriados para conciliação e os envia para o Núcleo de Prática Jurídica da UNIFOR. O índice de acordos chega a 90% dos casos.

Nos casos de conflitos envolvendo o Poder Público, os mediadores fazem contato com órgãos públicos municipais ou estaduais para tentar obter uma solução extrajudicial.

Quando não se alcança a resolução amigável do conflito, os estagiários de Direito, supervisionados pelos professores da área, elaboram a petição inicial do caso e encaminham o mesmo à Defensoria Pública, que atende dali em diante.

### **1.5 Análise do relatório do Ministério da Justiça sobre entidades que atuam com programas de mediação no Brasil e sua comparação com a pesquisa de campo realizada, sob o prisma institucional**

Em 2005, o Ministério da Justiça publicou estudo realizado no segundo semestre de 2004<sup>306</sup> no qual se realizou mapeamento dos programas de mediação de conflitos em atuação naquele momento no Brasil, seja no âmbito do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, do Poder Executivo ou de entidades não-governamentais, dedicadas ou não exclusivamente à mediação de conflitos. O estudo utilizou várias fontes de dados disponíveis em órgãos oficiais (Secretaria Nacional de Segurança Pública, Secretaria da Reforma do Judiciário, Secretaria Especial de Direitos Humanos), pesquisas em sítios eletrônicos e correspondências enviadas ao Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA), à Associação Brasileira de Organizações Não-Governamentais (ABONG) e ao Centro de Estudos de Justiça das Américas (CEJA). Foram excluídos do escopo da pesquisa programas que trabalham com mediação ou conciliação de conflitos no âmbito das relações de consumo, programas de conciliação na esfera trabalhista ou nos Juizados Especiais e programas de mediação de âmbito exclusivamente empresarial, bem como programas que atuam apenas com capacitação ou disseminação de informações sobre mediação. Foram identificados, desta forma, 100 programas que atuavam com mediação no Brasil naquele momento, aos quais foram enviados questionários específicos para cada categoria de programa (governamental ou não-governamental, entidade voltada ou não exclusivamente à mediação de conflitos), dos quais 67% foram respondidos.

O levantamento tampouco abrange, assim, os programas criados após 2004, tais como, dentre aqueles incluídos em nossa pesquisa de campo, os mantidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, pela Defensoria Pública do Estado do Pará, pela Defensoria Pública do Estado do Ceará, pela Secretaria de Estado de Defesa Social de Minas Gerais ou pelo Escritório de Prática Jurídica da Universidade Federal de Santa Catarina.

Entretanto, apesar da criação de novos programas e de minha pesquisa de campo ter tido âmbito um pouco mais restrito (não se indagou especificamente, por exemplo, as fontes de financiamento e o montante de recursos envolvidos em cada programa), a leitura do relatório do Ministério da Justiça e sua comparação com os resultados da pesquisa por mim

---

<sup>306</sup> Disponível no sítio: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={597BC4FE-7844-402D-BC4B-06C93AF009F0}>

realizada entre o segundo semestre de 2008 e o segundo semestre de 2010 permite concluir que as características já apuradas pelo Ministério da Justiça se mantêm.

Sob o aspecto institucional, por exemplo, continua havendo, como é de certa forma natural, uma predominância de programas oferecidos no âmbito do Poder Público, notadamente na esfera do Poder Judiciário, sendo que, neste âmbito, quase todos são oferecidos por Tribunais de Justiça dos Estados, mas existem iniciativas esparsas também em unidades de primeira instância. Sob o prisma geográfico, constata-se que todos os tribunais das regiões Sul, Sudeste (exceto o do Espírito Santo) e Centro-Oeste (exceto o de Goiás) oferecem algum tipo de programa de mediação de conflitos, ao passo que, nas regiões Norte e Nordeste, a existência desse tipo de programa é absolutamente uma exceção (dentre os 16 Estados, somente quatro, quais sejam, os Estados da Bahia, Pernambuco, Amapá e Acre, os mantêm) – o que implica, ao final, que metade dos Tribunais de Justiça brasileiros mantêm algum programa de mediação. Sendo um dos objetivos fundamentais da República brasileira (artigo 3º. da Constituição Federal) a redução das desigualdades regionais, fica evidente a necessidade de criação de uma política federal clara de apoio ao desenvolvimento de programas de mediação nas regiões Norte e Nordeste. Cumpre ressaltar, contudo, que, no âmbito de praticamente todos os tribunais, existe algum programa de conciliação, até mesmo por exigências legais relativas à conciliação no âmbito dos Juizados Especiais, o que não implica, porém, a existência de capacitação e infra-estrutura adequada ao seu desenvolvimento.

Outra evidência do relatório, que ainda permanece atualmente, diz respeito à predominância de programas no âmbito da Justiça Estadual. Se, na esfera da justiça trabalhista, a ausência de programas de mediação é facilmente explicável pelo fato de já existir a utilização ampla da conciliação, que é inclusive mais adequada a relacionamentos que normalmente já deixaram de existir (como se dá entre o ex-empregado e o ex-empregador, na Justiça do Trabalho), na esfera da justiça federal, em que existe clara predominância de processos envolvendo entes públicos, a ausência de programas de mediação é apenas uma das muitas faces da não utilização de meios apropriados de resolução de controvérsias pelo Poder Público no Brasil. Cabe registrar o crescimento da conciliação no âmbito dos Juizados Especiais Federais, notadamente em ações de matéria previdenciária, nas quais uma das partes é o segurado e a outra é o Instituto Nacional do Seguro Social. Não obstante a mediação seja um método mais adequado, já que é continuada a relação entre INSS

e segurado, ao menos um meio consensual já vem sendo utilizado, graças a uma atuação firme do Poder Judiciário nesse sentido, consistente na conciliação.

Outra evidência tanto do relatório do Ministério da Justiça quanto de minha pesquisa diz respeito à existência esparsa de alguns programas no âmbito do Poder Executivo, principalmente na esfera estadual, bem assim no âmbito da Defensoria Pública, sendo que, no caso desta última, todos os programas existentes são de âmbito estadual. Enquanto o estudo do Ministério da Justiça apurou a existência de programas de mediação nas Defensorias Públicas dos Estados de Roraima e do Piauí, após a conclusão do estudo, foram criados programas também nas Defensorias dos Estados do Ceará e do Pará. Na esfera do Poder Executivo, normalmente, os programas disponíveis se desenvolvem em Secretarias de Segurança Pública, voltados à resolução de conflitos no âmbito de comunidades carentes ou entre órgãos policiais e a população local, já que é evidente o potencial da mediação para a pacificação social. O relatório do Ministério da Justiça não identificou, porém, nenhum programa de mediação de conflitos entre cidadãos e órgãos públicos no âmbito do Poder Executivo.

Entretanto, dentre as recomendações finais do relatório do Ministério da Justiça, incluem-se:

- deve-se incentivar os diversos entes governamentais do Poder Executivo a fazerem uso de sistemas alternativos de administração de conflitos;
- em razão da natureza de suas atribuições, a Defensoria Pública deve ser instada a investir em sistemas alternativos de administração de conflitos junto ao público por ela atendido.

No âmbito da Defensoria Pública federal, pode-se registrar a criação, após o estudo do Ministério da Justiça, da Câmara de Conciliação Previdenciária, que, tal como ocorre no âmbito dos Juizados Especiais Federais, vem se utilizando da conciliação (não da mediação) no âmbito dos conflitos previdenciários.

No âmbito do Poder Executivo federal, também existem programas nos quais se permite a realização de conciliação no âmbito de processos administrativos. Não existe, contudo, ainda, qualquer programa que contemple a utilização de técnicas de mediação, apesar de sua adequação às relações entre Estado e cidadão.

O estudo do Ministério da Justiça apurou ainda, no âmbito do Ministério Público, o mesmo que minha pesquisa de campo: são bastante raros os programas de mediação de conflitos. Os poucos programas existentes estão na esfera estadual, destacando-se o mantido

pelo Ministério Público do Estado do Ceará e, após a conclusão do estudo, o recém-criado programa do Ministério Público do Estado do Amapá. Também cabe registro do incentivo à conciliação e mediação no âmbito do Ministério Público do Trabalho.

Na esfera das Faculdades de Direito, também, o estudo do Ministério da Justiça apurou o mesmo que pude constatar durante a pesquisa: são raríssimas as instituições que oferecem programas de prática de mediação, as quais foram encontradas, pelo estudo do Ministério da Justiça, apenas no Ceará, Bahia, Tocantins e São Paulo, e, em minha pesquisa, em Santa Catarina e no Paraná (não cheguei, porém, a entrevistar representantes dos dois programas existentes em Curitiba, nas Faculdades Dom Bosco e FACINTER).

Por fim, para concluir a análise institucional, é necessário ressaltar três pontos: a) em alguns Estados, como Ceará, Minas Gerais e Amapá, existem programas de mediação desenvolvidos no âmbito de diferentes órgãos públicos, ao passo que, em outros Estados, como Rondônia e Sergipe, não existe um único órgão público oferecendo programa de mediação; b) a dimensão dos programas é bastante variada, sendo que muitos deles se enquadram como autênticos projetos-piloto, de dimensão bastante reduzida em relação ao universo de conflitos em que a mediação poderia ser utilizada <sup>307</sup>; c) são frequentes as parcerias entre órgãos públicos, bem como destes com universidades ou organizações não-governamentais (estas, mais comumente, são apoiadas por órgãos públicos de nível federal), mas é bastante pequena a articulação entre os diferentes programas, como regra.

Daí constarem no relatório do Ministério da Justiça as seguintes recomendações:

[...] a fim de maximizar a efetividade e capilaridade dos programas já existentes, devem ser adotadas, de forma prioritária, medidas para articulação destes em rede. Há de ser fomentada a criação de um banco de dados, atualizável e auto-alimentável, a fim de alcançar os programas não detectados pelo mapeamento, de modo a se lhes conferir uma dimensão mais abrangente, bem como se avançar na articulação de tais programas;

- devem ser discutidos e implementados mecanismos de integração inter-institucional [...], devendo-se ponderar a criação de um colegiado congregando os atores governamentais, que atuam direta ou indiretamente na área, a fim de se avançar na construção de uma política pública coordenada,

<sup>307</sup> Como aponta o relatório do Ministério da Justiça, predominam programas com duas características, que normalmente coincidem: serem voltados à população de um determinado local (88% dos programas) e serem voltados à população de baixa renda (79% dos programas são voltados para classes populares). Também predominam programas pequenos (um terço dos programas atendia a menos de 500 casos por ano e 25% atendia entre 500 e 5000 casos por ano), em detrimento de programas cuja abrangência alcance todo um Município ou Estado, e baseados em grandes cidades.

que contemple a adoção de critérios mínimos para a concessão de apoio financeiro, bem como minimize a sobreposição de esforços;

- devem ser promovidos encontros ou seminários com os coordenadores dos programas existentes para viabilizar a troca de informações e integração das experiências.

Não obstante a adequação e propriedade das recomendações, até onde se pôde apurar, nenhuma delas foi efetivamente adotada.

A iniciativa que merece registro no que concerne ao apoio institucional do Ministério da Justiça a programas ou projetos de mediação nos últimos anos é o Projeto Pacificar, que, apesar de contemplar cinco objetivos distintos que coincidem em grande parte com as recomendações apontadas pelo relatório, acabou se reduzindo ao primeiro deles, qual seja:

[...] incentivar, no âmbito das faculdades de Direito, projetos de pesquisa e de extensão universitária que estimulem a prática da resolução pacífica de conflitos mediante a utilização de técnicas de mediação e composição de conflitos, inclusive através do lançamento de um Edital de fomento a esses projetos<sup>308</sup>.

Desde 2008, o projeto vem realizando convocações anuais a fim de selecionar projetos no âmbito de Faculdades de Direito que contemplem

[...] pelo menos um dos seguintes eixos:

- formação e qualificação
- publicação
- ações voltadas a implementação da mediação e da composição de conflitos.

Chama a atenção a ausência de articulação entre o projeto e a avaliação dos cursos de Direito pelo Ministério da Educação, bem como de estudos que venham a incluir a mediação e outros meios alternativos de resolução de controvérsias no currículo mínimo dos cursos de Direito, seja em seu aspecto teórico, seja no estágio de prática jurídica, já que existem no

---

<sup>308</sup> Os outros quatro objetivos consistem em:

“b. Apresentar uma cartografia das experiências existentes, prioritariamente nas regiões do Pronasci, através de um diagnóstico dos projetos de extensão e práticas de mediação comunitária realizadas nas Faculdades de Direito, que identifique as iniciativas e as instituições envolvidas e sistematize as informações apuradas, verificando também os avanços obtidos a partir do apoio a esses projetos.

c. Mapear as entidades e organizações sociais, bem como as instituições do sistema judiciário que dialogam e participam destes projetos.

d. Realizar um seminário nacional envolvendo juristas, profissionais das áreas afins à mediação, doutrinadores, Instituições de Ensino Superior, acadêmicos de direito, professores, ONGs e demais entidades da sociedade civil.

e. Elaborar um Manual de uso, contendo práticas de mediação sob uma perspectiva da transversalidade dos direitos humanos, da interdisciplinaridade e da inter-institucionalidade.”

Fonte: sítio eletrônico do Ministério da Justiça.

Brasil mais de mil Faculdades de Direito <sup>309</sup> e, pelo que se deduz da pesquisa feita pelo Ministério da Justiça, bem menos de 5% delas oferecem programas de prática em mediação.

Ademais, o próprio estudo do Ministério da Justiça também recomendou:

[...] deve-se estimular o engajamento das universidades na formação de novos profissionais capacitados para atuar nos sistemas alternativos de administração de conflitos, seja na oferta de disciplinas teóricas, de disciplinas práticas, seja na organização de campos de estágio, seja como atividades de extensão universitária;  
[...] deve-se estimular a participação das universidades na avaliação dos programas.

### **1.6 Análise de aspectos administrativos dos diferentes programas: dificuldades comuns e oportunidades de aprimoramento**

Sob o ponto de vista funcional, o estudo do Ministério da Justiça apurou e a pesquisa de campo desenvolvida no curso da elaboração desta tese confirmou: a estrutura administrativa costuma ser enxuta e precária.

Quanto ao perfil dos mediadores, o estudo apurou que 40% deles são voluntários, sendo que, dentre estes, a grande maioria são estudantes de Direito realizando seu estágio obrigatório. O mesmo estudo constatou que, em 52% dos programas, os mediadores devem estar ao menos cursando um curso de nível superior. No que diz respeito à formação, segundo o relatório, predominam as equipes multidisciplinares (44%), seguidas pelas equipes formadas de profissionais apenas da área jurídica (31%). Em 15% dos programas, os mediadores são pessoas da própria comunidade.

No que tange à capacitação dos mediadores, o estudo do Ministério da Justiça apurou que 18% dos programas não realiza qualquer capacitação formal, sendo esse percentual ainda maior (23%) entre os programas cuja equipe é proveniente apenas da área jurídica. Dentre os programas que realizam capacitação, conforme apurou o mesmo estudo, 69% dos programas a realiza internamente, sendo que, via de regra, os órgãos governamentais são os que desenvolvem capacitações mais curtas, enquanto as organizações não-governamentais fornecem capacitações mais longas. É importante observar ainda, no que concerne à capacitação, que, em 44% dos programas, ela tem menos de 40 horas, sendo que, em 27%

---

<sup>309</sup> Note-se que este número já foi alcançado em agosto de 2006, segundo levantamento feito pela Comissão de Ensino Jurídico da OAB, noticiado no artigo “O Brasil já tem mais de mil faculdades de Direito”, publicado na revista virtual **Consultor Jurídico** ([http://www.conjur.com.br/2006-ago-05/brasil\\_mil\\_faculdades\\_direito](http://www.conjur.com.br/2006-ago-05/brasil_mil_faculdades_direito)).



deles, os programas sequer souberam informar a sua duração. Na pesquisa de campo realizada, foi possível verificar situações em que a capacitação é bastante curta, porém, em todos os programas visitados, tanto no Brasil como nos EUA, ocorre alguma capacitação.

A ausência de remuneração e/ou de capacitação adequada, segundo apurou o estudo do Ministério da Justiça, parecem estar diretamente relacionadas a um alto grau de rotatividade dos mediadores. As equipes multidisciplinares também são as que se caracterizam por maior estabilidade.

Uma questão importante apurada pelo referido estudo foi a adesão à metodologia da mediação por parte dos mediadores. Segundo os coordenadores dos programas, 84% dos mediadores aderem bem à metodologia, percentual que é menor (70%) entre os mediadores com perfil comunitário. Já entre os usuários, 79% deles adere bem à metodologia da mediação.

Segundo ainda o estudo do Ministério da Justiça, um em cada quatro programas não sabe ou não divulga o número de atendimentos realizados – realidade que também se verificou em alguns dos programas objeto da pesquisa de campo.

Conforme o mesmo estudo, dois terços dos programas dispõem de instrumentos de avaliação contínua da qualidade dos serviços prestados, sendo que 45% dos que os possuem e 75% dos que não possuem qualquer instrumento sentem dificuldade em avaliar os resultados de seus trabalhos.

No que concerne ao acompanhamento dos casos após o encerramento da mediação, a grande maioria dos programas objeto da pesquisa de campo, tanto no Brasil quanto nos EUA, não o desenvolve. Segundo o relatório do Ministério da Justiça, porém, 46,3% das instituições que responderam ao questionário enviado (ou seja, 30% do universo total de instituições identificadas pelo estudo) relataram que realizam tal acompanhamento.

Por fim, no que concerne aos recursos financeiros, o estudo do Ministério da Justiça apurou que, dentre os programas mantidos por órgãos públicos, 63,6% não dispõem de orçamento específico, sendo que, mesmo entre os que dispõem de tal orçamento, 44% declaram ter dificuldades financeiras para a manutenção do programa. Dentre os que não possuem orçamento específico, este percentual é de 28%, o que leva a concluir, conforme sustenta com acerto o relatório, que “possuir um orçamento específico não implica em contar com um orçamento suficiente”.

O estudo também apurou que os programas que remuneram os mediadores, naturalmente, são os que apresentam custos mais elevados. Não foi, contudo, apurado pelo estudo, o custo por caso (ou seja, custo global dividido pelo número de casos atendidos), mas apenas o custo global de cada programa.

Com base em todas as dificuldades de ordem técnica, administrativa ou financeira apontadas, o relatório concluiu por recomendar:

[...] deve-se estimular a criação de critérios e procedimentos voltados à avaliação técnica e qualitativa dos programas apoiados, com o objetivo de aperfeiçoá-los e favorecer a sua convergência a um conjunto homogêneo mínimo de princípios, conceitos (incluindo os próprios conceitos de ‘sistemas alternativos de solução de conflitos’, ‘mediador’ e ‘negociador’), metodologias de trabalho, objetivos e resultados esperados;

- devem ser estimulados os programas que prevêem um trabalho de supervisão técnica e monitoramento, a fim de se assegurar a higidez do método empregado;

- é imprescindível o estímulo à capacitação e à educação permanente dos membros das equipes dos programas, ainda que incluindo tais aspectos como critério de seleção e avaliação de projetos a serem apoiados;

- os programas de capacitação devem atentar para as peculiaridades regionais, bem como a natureza do conflito ao qual se destina a intervenção, sendo imperioso observar diferenças de gênero e etnia, levando em consideração as relações sociais existentes no país;

[...]

- as ações de capacitação devem abranger a organização de manuais que disseminem conhecimentos e auxiliem na avaliação interna dos programas;

- deve-se instituir como critério para o apoio aos programas a transparência e compartilhamento de métodos, custos e resultados;

- deve-se estimular a multidisciplinaridade e a interdisciplinaridade na oferta de serviços alternativos de administração de conflitos;

- deve-se valorizar e ressaltar a importância de experiência e preparo adequados do mediador ou negociador. Deste modo, há de se discutir formas e modelos de remuneração, como importante fator de engajamentos duradouros e profissionalização dos programas, sem prejuízo da discussão de táticas de engajamento de voluntariado, em parceria com empresas e organizações socialmente responsáveis;

[...]

- deve ser discutida a possibilidade de estímulo ao investimento privado nos programas que não contem com a parceria governamental;

- deve-se estimular a participação da sociedade civil local, seja através do engajamento de membros da comunidade destinatária nas equipes dos projetos (modelo da mediação comunitária), seja por outras formas de participação a serem contempladas.

As recomendações do relatório são impecáveis, sendo de se lamentar, todavia, que ainda muito pouco tenha sido feito rumo à sua implementação.

Cabe-nos, contudo, complementá-las, com base nas reflexões que se pôde extrair da pesquisa de campo efetuada.

Um ponto que chama a atenção é a presença de estagiários de Direito atuando como mediadores – realidade que é também bastante comum entre programas de conciliação nos Juizados Especiais estaduais. Se a prática é, por um lado, altamente salutar para a formação dos alunos (e pode e deve ser universalizada, abrangendo todos os cursos de Direito do país <sup>310</sup>), além de viabilizar, com baixo custo, a expansão quantitativa de programas de mediação, não se pode jamais perder de vista a necessidade de supervisão adequada por professores ou outros profissionais devidamente capacitados em mediação e com experiência compatível com a condição de instrutor, já que não faz sentido a expansão quantitativa com perda da qualidade dos serviços de mediação.

Outro ponto necessário para o aprimoramento da mediação diz respeito à definição de conteúdo e carga horária mínima dos cursos de capacitação de mediadores, exigências de formação de instrutores, modalidades de avaliação e supervisão da prática, etc., já que atualmente não existe um padrão definido e a qualidade dos cursos, naturalmente, é bastante variável, dificultando inclusive para aqueles que pretendem se capacitar em mediação a escolha do curso adequado.

Por fim, se já é uma recomendação clara do Ministério da Justiça a existência de sistemas de avaliação dos resultados obtidos por cada programa, não está, claro, contudo, que variáveis deverão ser mensuradas por tais sistemas, nem qual a metodologia adequada e de que forma os resultados serão utilizados. Cabe, assim, aprofundar este aspecto, já que, como visto, mesmo entre as instituições que já possuem um sistema de avaliação, é bastante comum (em quase metade delas) que esta avaliação não esteja cumprindo de maneira satisfatória seus objetivos de aprimoramento na qualidade do programa.

---

<sup>310</sup> Vale referir que Horácio Wanderlei Rodrigues já defendeu a inclusão obrigatória, no currículo dos cursos jurídicos, do estudo dos institutos da mediação e da arbitragem (2005, p. 218).

## **APÊNDICE II – EXPERIÊNCIAS DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO O PODER PÚBLICO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA**

Passo a descrever a pesquisa empírica realizada nos EUA ao longo do primeiro semestre de 2010, pela qual se procurou apreender as características, benefícios, dificuldades e dilemas dos programas que empregam a mediação ou a conciliação na resolução de controvérsias que envolvem o Poder Público naquele país. Após a descrição dos dados obtidos na pesquisa, efetua-se, ao final, uma análise de pontos fortes e fracos, mediante a qual se pretende extrair lições que venham a moldar a experiência brasileira, tanto no sentido de adaptar à nossa realidade medidas que apresentam significativa efetividade quanto no sentido de evitar posturas que demonstraram não contribuir ou mesmo prejudicar o alcance dos propósitos da utilização de meios consensuais em espaços públicos. Os questionários utilizados para as entrevistas foram incluídos no Apêndice 3.

### **2.1 Breve apresentação das diferenças no quadro institucional**

A pesquisa realizada foi focada na resolução de conflitos em que uma das partes é o Poder Público ou seus servidores nesta condição. Todavia, ao contrário do que ocorre no Brasil hoje, os EUA passaram por esse momento de judicialização de políticas públicas há algumas décadas, sendo que, desde a década de 70, começou-se a utilizar a mediação para resolver este tipo de conflito. Atualmente, os centros especializados em resolução de disputas que envolvem políticas públicas comumente não atuam na esfera judicial, mas sim desenvolvem processos de “construção de consenso” ou de “governança colaborativa” na esfera dos poderes Executivo e Legislativo, justamente com o objetivo de evitar futuras discussões no âmbito do Judiciário, ou seja, buscando evitar que tais conflitos sejam levados ao Judiciário, bem assim por haver uma percepção (que não se pode dizer ainda ser generalizada) de que o planejamento e implementação de políticas públicas se dá de forma mais eficiente quando envolvidos todos os interessados desde o momento de sua concepção. Assim, muito além da realização de meras audiências públicas em situações exigidas pela legislação ambiental, por exemplo (como também ocorre no Brasil), começam a ser cada vez mais comuns situações em que, além de envolver no processo de planejamento e

implementação de políticas públicas aqueles que podem influenciar diretamente no resultado do processo, seja em face de poder político, poderio econômico ou legitimidade para propor ações judiciais questionando o procedimento (caso de entidades não-governamentais), percebe-se a necessidade e utilidade do envolvimento da população em geral, utilizando-se processos que a doutrina americana costuma chamar de “democracia deliberativa”, mas que no Brasil são mais conhecidos como “democracia participativa”. Estes dois tipos de abordagem vêm sendo desenvolvidos tanto no seio de entes públicos quanto mediante parcerias com organizações não-governamentais.

Isto não significa que não existam conflitos envolvendo políticas públicas que cheguem à esfera judicial – apenas tal fenômeno é muito menos comum do que no Brasil atualmente. E no caso destes conflitos, como de quaisquer outros conflitos na esfera cível nos EUA, pode ser e efetivamente é utilizada a mediação.

Um outro cenário em que se utiliza a mediação nos conflitos que envolvem o Poder Público nos EUA, sem que, tampouco, isto se dê de forma generalizada, mas, segundo as entrevistas realizadas e relatórios analisados, deve ficar em torno de 10 a 40 por cento do total, são os órgãos públicos integrantes do Poder Executivo, que nos EUA são denominados “agências públicas”. Os programas de mediação de conflitos no âmbito de agências públicas, em nível federal, são coordenados por um grupo de trabalho ligado ao Departamento de Justiça (equivalente, no Brasil, ao Ministério da Justiça, Ministério Público Federal e Advocacia-Geral da União juntos) e, em cerca de metade dos Estados, por centros encarregados de, em síntese, coordenar, fornecer treinamento, realizar pesquisa e fomentar a utilização de meios apropriados de resolução de disputas pelas agências estaduais, bem assim atuar nos processos de construção de consenso já mencionados. No âmbito estadual, a maioria dos centros estão situados em universidades estaduais e alguns deles incluem em seu âmbito de atuação também a coordenação e/ou o fornecimento de infra-estrutura aos programas de mediação que se desenvolvem no âmbito do Judiciário (caso do MACRO, em Maryland, e da Ohio Commission on Dispute Resolution). Em alguns Estados (caso de Oregon), a coordenação de programas de mediação no âmbito das agências públicas e do Judiciário é feita no âmbito do “Attorney General’s Office” (instituição que reúne as competências do Ministério Público e da Advocacia Pública em nível estadual, muito embora, em alguns Estados, algumas agências possuam também Deptos. Jurídicos internos para exercer a consultoria jurídica), que passarei a chamar de “Procuradoria-Geral do Estado”. Outras vezes,

estas Procuradorias possuem programas de mediação, conciliação ou arbitragem de conflitos administrados por elas próprias, tais como direito do consumidor (caso da Florida, que possui um programa que trabalha com conflitos na aquisição de veículos).

Outro cenário em que muito se utiliza a mediação no seio do Poder Público é o dos conflitos que se relacionam ao próprio local de trabalho, entre chefias e seus subordinados ou mesmo entre colegas de similar posição hierárquica, chamados de “workplace disputes”. Embora ainda pequeno o número de agências que os utilizam, constituem o foco de um dos subgrupos do Grupo de Trabalho constituído em nível federal para fomentar e coordenar a utilização de meios apropriados de resolução de disputas pelas agências públicas federais. O mesmo se verifica no âmbito de organizações internacionais, cujo ambiente de trabalho é bastante semelhante ao Poder Público – razão pela qual seus programas desta natureza podem ser estudados neste mesmo contexto.

Por último, foi possível verificar que, no seio dos programas de mediação comunitária (Dispute Resolution Centers, no Texas, Neighborhood Centers, em alguns Estados, Community Boards, na Califórnia, etc), prevalece a resolução de conflitos de âmbito individual, tais como conflitos de vizinhança, na esfera de família, etc. Estes programas costumam atuar em parceria (que envolve desde treinamento até o fornecimento de recursos financeiros) com o Poder Judiciário ou órgãos do Poder Executivo para resolver gratuitamente ou a preços módicos os conflitos em que se vê envolvida a população carente. Inexiste, porém, quando a parte contrária no conflito é o Poder Público, via de regra, uma abordagem que os diferencie dos próprios programas de mediação judicial.

Tendo em vista este quadro, e com os objetivos de: a) conhecer a diversidade de formatos que os programas de mediação de conflitos envolvendo o Poder Público podem assumir; b) ter uma noção representativa do grau de desenvolvimento da mediação ao longo do tempo nos EUA; c) identificar práticas consideradas exemplares por aqueles que atuam na área, a pesquisa de campo incluiu:

- I - cinco programas no âmbito do Poder Judiciário (sendo dois federais e três estaduais, todos exemplares no cenário nacional);
- II - nove centros estaduais (Texas, Flórida, os dois da Califórnia, Oregon, Washington, Ohio, Maryland e Massachussets) encarregados de coordenar a utilização de meios

apropriados de resolução de conflitos no âmbito de seus Estados (sempre incluídos os Poderes Executivo e Legislativo, mas, algumas vezes, também o Judiciário);

III - o Departamento de Justiça dos EUA e três subgrupos do Grupo de Trabalho Intergovernamental que coordena a utilização de meios apropriados de resolução de controvérsias em nível federal (conflitos em agências reguladoras, pedidos de indenização contra o governo federal e conflitos no local de trabalho);

IV - agências federais ambientais que possuem programas de mediação e construção de consenso (Environmental Protection Agency, U.S. Institute for Environmental Conflict Resolution, Federal Energy Regulatory Commission e um mediador do quadro do Federal Mediation and Conciliation Service, mais antiga instituição pública que mantém programa de mediação nos EUA);

V - algumas agências estaduais que possuem programas de mediação (no Texas, Califórnia e Flórida);

VI - quatro Procuradorias-Gerais de Estados (Texas, Flórida, Oregon, Washington);

VII - dois centros baseados em universidades que não funcionam como centro oficial de difusão de meios apropriados de resolução de controvérsias em seus Estados;

VIII - três ONGs que trabalham com processos decisórios colaborativos ou participativos (Consensus-Building Institute, em Massachussetts, Institute for Local Government e Community Focus, ambas na Califórnia);

IX - três ONGs que possuem programas de mediação comunitária e/ou prestam serviços ao Poder Judiciário e outros órgãos estaduais (Safe Horizon, em Nova Iorque, Dispute Resolution Center, em Austin, Texas e Collins Center, em Miami, Flórida);

X - uma entidade profissional de âmbito estadual (Texas Mediator Credentialing Association);

XI - uma entidade profissional de advogados de âmbito estadual (Texas Bar Association);

XII - um programa de estágio profissionalizante em mediação no seio de uma Faculdade de Direito (Universidade do Texas); e

XIII - cinco programas de mediação de conflitos no local de trabalho, sendo um deles em órgão estadual, dois em organizações internacionais, um federal e um programa municipal (Universidade do Texas, ONU, World Bank, Federal Emergency Management Agency e New York City Office of Administrative Trials).

Foram entrevistadas mais de 50 pessoas (algumas vezes, como no centro estadual de Oregon, no centro estadual e no “Attorney General’s Office” do Estado de Washington, e no centro estadual do Estado de New Jersey, duas pessoas foram entrevistadas ao mesmo tempo, ao passo que, muitas vezes, nos programas baseados em Universidades, entrevistei separadamente diferentes pessoas que atuavam em áreas específicas do programa – como ocorreu no Texas, Flórida, Califórnia e Oregon), utilizando-se sempre o questionário específico que foi elaborado para cada categoria de programa. Em muitas entrevistas, foram também coletadas informações sobre outros órgãos públicos no mesmo Estado, inclusive a fim de melhor delimitar o universo da pesquisa, isto é, quais órgãos seriam contatados com o propósito de realizar uma entrevista. Da mesma forma, diversos entrevistados forneceram relatórios onde constam valiosas informações adicionais sobre seus programas, as quais também foram coletadas nos sítios das respectivas instituições na *world wide web*. Todo esse universo de informações compõe os resultados que passam a ser descritos e analisados a seguir.

## **2.2 Mediação judicial**

Uma primeira explicação precisa ser dada no que se refere à organização judiciária nos EUA. Naquele país, existem órgãos judiciais federais, estaduais e locais, sendo que este nível pode incluir, conforme o Estado, não apenas órgãos judiciais mantidos por Municípios, mas também por Condados (unidades político-administrativas que abrangem vários Municípios contíguos dentro de um mesmo Estado). Assim, embora nossa pesquisa tenha abrangido apenas órgãos federais e estaduais, os quais julgam as disputas mais comuns e relevantes naquele país, isto não significa que tenham sido esgotadas as modalidades de órgãos judiciais lá existentes.

A segunda observação preliminar necessária, para que não se façam analogias incabíveis com o sistema brasileiro diz respeito à diferenciação de competência entre órgãos judiciais federais e estaduais. Bem diferente do que se dá no sistema brasileiro, em que basicamente a competência da Justiça Federal se verifica por haver como parte no conflito um ente federal ou um interesse da União na matéria nele envolvida (artigo 109 da Constituição Federal), nos EUA a competência da Justiça Federal se verifica, em síntese, sempre que: a) a legislação envolvida no litígio for federal (o que é muitíssimo menos comum do que no



Brasil, já que lá a competência para legislar na maioria dos ramos do Direito é de titularidade dos Estados); ou b) as partes envolvidas no litígio tiverem domicílio em diferentes Estados

311 .

Uma terceira observação necessária é a de que a pesquisa não chegou a utilizar-se da razoavelmente vasta produção teórica voltada especificamente para a mediação judicial, tendo em vista: a) não ser este o foco principal do trabalho; b) o fato de inexistir nesta produção trabalhos que tenham se dedicado a analisar especificamente os conflitos que envolvem o Poder Público, sendo que tanto os exemplos analisados quanto o enfoque geral dos trabalhos é predominantemente voltado para conflitos na área de família, pequenas causas, responsabilização de crianças e adolescentes por ato infracional, crimes de menor potencial ofensivo, conflitos de vizinhança e matéria cível puramente comercial.

No âmbito federal, foram entrevistados mediadores integrantes de programas de mediação na primeira e segunda instâncias do maior distrito (unidade jurisdicional) federal do país, sediado em San Francisco, Califórnia.

No âmbito estadual, foram entrevistados coordenadores de programas de mediação judicial nos Estados da Califórnia (programa que funciona na segunda instância), no extremo sudoeste, Flórida, no extremo sudeste (coordenação estadual tanto de primeira quanto de segunda instâncias) e Maryland (idem Flórida), no nordeste dos EUA.

Todos os programas responderam afirmativamente à segunda pergunta do questionário, sobre sua aplicação a entes públicos – daí sua relevância para a pesquisa.

Neste momento, vale esclarecer, contudo, que, seja no Judiciário federal (que, como visto, não julga apenas conflitos envolvendo entes públicos), seja no Judiciário estadual, nos EUA, até onde se pôde apurar (a pesquisa envolveu 12 Estados e Washington, D.C.), inexistem Varas da Fazenda Pública, sendo os conflitos que envolvem o Poder Público tidos simplesmente como matéria cível e julgados nas mesmas varas que julgam conflitos entre particulares. Considerada esta peculiaridade, a terceira pergunta do questionário era justamente sobre eventual existência, nos sistemas de monitoramento e avaliação dos programas, de estatísticas em separado sobre os litígios envolvendo entes públicos. Infelizmente, a resposta foi sempre negativa. Uma terceira questão (questão 4 do questionário) para a qual a resposta foi sempre semelhante diz respeito à observância da

---

<sup>311</sup> Ver [www.uscourts.gov](http://www.uscourts.gov).

confidencialidade nos processos envolvendo o Poder Público: não existe qualquer diferenciação quanto ao procedimento adotado para processos envolvendo particulares – as sessões de mediação são sempre confidenciais e seu conteúdo não pode ser revelado para terceiros nem utilizado de qualquer forma como prova nos autos (com exceção das estritas hipóteses de exceções legais).

Um último esclarecimento preliminar: nos EUA, na maioria dos Estados (e também em nível federal), as partes podem comparecer em juízo sem estarem representadas por advogados. Alguns juízos, todavia (em especial na esfera federal), costumam nomear advogados para representar partes carentes *pro bono*.

Passo a descrever os programas que foram objeto de pesquisa *in loco*.

## **2.2.1 Judiciário estadual**

Foram incluídos na pesquisa sobre programas de mediação judicial, como já exposto, programas em funcionamento em quatro Estados, no sudoeste, sudeste, sul e nordeste dos EUA: Califórnia, Flórida, Texas e Maryland.

### **2.2.1.1 Califórnia**

O programa que funciona na segunda instância, mais especificamente no 1º. Distrito da Corte de Apelações do Poder Judiciário na Califórnia <sup>312</sup>, coordenado por Gary Weiner, foi criado em 2000, e, segundo seu coordenador, o comportamento dos órgãos públicos no que diz respeito à conciliação é o de celebrar acordos, sim, sempre que houver indícios probatórios suficientes para evidenciar o risco de uma provável condenação. Os mediadores são prestadores de serviços externos, que receberam treinamento específico para atuar neste programa. O treinamento, com carga horária de 40 horas, desde o seu início já foi fornecido gratuitamente a 2030 mediadores na área de atuação do Tribunal. Estes mediadores

---

<sup>312</sup> O Poder Judiciário no Estado da Califórnia, o mais populoso dos EUA (34 milhões de habitantes), se divide em 3 instâncias: a ) “trial courts” ou “superior courts”, equivalente à nossa primeira instância (porém mantidas pelos Municípios e condados), as quais possuem também uma “appellate division” encarregada de julgar os recursos interpostos nos casos cujo valor envolvido não ultrapasse 25 mil dólares; b) “courts of appeal”, encarregadas de julgar os recursos interpostos nos casos cujo valor ultrapasse 25 mil dólares (além de outras ações de sua competência originária) e que se distribuem em 6 distritos ao longo do Estado; c) “Supreme Court”, encarregada de julgar apenas os recursos envolvendo matéria atinente à Constituição do Estado, bem como outras ações de sua competência originária.

comprometem-se a atuar gratuitamente nas três primeiras horas de sessão de mediação, sendo que, se houver necessidade de estender a mediação, as horas restantes deverão ser custeadas pelas partes. O(s) mediador(es) em cada caso concreto são escolhidos pelo coordenador do programa, dentre aqueles que receberam o treinamento (os quais, para se cadastrarem no rol dos habilitados a atuarem como mediadores, devem preencher um formulário com diversas informações curriculares relevantes para a função). Uma observação interessante feita espontaneamente pelo entrevistado diz respeito à pesquisa por ele realizada buscando identificar quais os fatores que mais influenciam para que um mediador tenha uma alta taxa de êxito na obtenção de acordos. Esta pesquisa concluiu que, dentre todos os possíveis fatores (grau de escolaridade, área de formação, etc), o único que apresenta evidente correlação positiva no que concerne ao êxito na obtenção de acordos é a experiência do mediador na realização de sessões de mediação – todos os demais fatores apresentam-se irrelevantes neste aspecto. No que diz respeito à voluntariedade ou obrigatoriedade da utilização da mediação no programa, ele afirma que os casos podem ser remetidos à mediação independentemente do consentimento das partes (o que ele faz em apenas 17% dos casos que chegam a esta unidade de segunda instância, pois, havendo um julgamento já proferido, a possibilidade de mediação fica bem mais reduzida se comparada à situação que se verificava em primeira instância – nesta, o percentual de casos remetido para mediação é muito maior). As partes podem, porém, formular objeções, que ele analisa caso a caso. Um dos critérios que ele leva em conta para remeter ou não um caso para a mediação é o fato de ambas as partes estarem representadas por advogados; se uma delas não estiver, ele não refere o caso para mediação. A participação dos advogados costuma ser produtiva e, sobre o índice de obtenção de acordos, ele afirma ser de cerca de metade dos casos. No que diz respeito à abrangência do processo, é uma diretriz do programa que qualquer questão relativa ao relacionamento entre as partes pode ser trazida para a sessão de mediação. O programa dispõe de um formulário de avaliação que deve ser obrigatoriamente preenchido pelas partes e seus advogados e enviado ao programa no prazo de 10 dias após o encerramento da mediação. O formulário avalia a conduta do mediador, a satisfação das partes com o processo em si e sua administração pelo programa, verifica se houve ou não acordo e, caso tenha havido, quanto tempo após o início do processo, bem como pede aos advogados das partes para estimarem qual a economia que houve em termos de custos e de tempo na resolução do conflito. A avaliação costuma ser respondida por mais de metade dos advogados e cerca de 25% das partes, sendo que, dentre os respondentes, mais de

80% das partes e um percentual ainda maior de advogados relata que utilizaria o processo novamente. Os advogados relatam uma economia de recursos para as partes da ordem de 40 mil dólares por processo e uma redução no tempo de trâmite para obter uma sentença (excluídos recursos e execução) de, em média, sete meses. Ele não soube relatar experiências de mediação de conflitos coletivos envolvendo órgãos públicos. Consultando-se os sítios eletrônicos dos seis distritos de segunda instância na Califórnia, verifica-se que todos possuem programas de mediação e/ou conciliação, com regras e características próprias.

### **2.2.1.2 Flórida**

O programa de mediação de conflitos no âmbito do Poder Judiciário estadual na Flórida, criado em 1986 e administrado pelo denominado “Florida Dispute Resolution Center” (coordenado pela entrevistada Janice Fleischer), é o maior do país, com 5.500 mediadores certificados para atuar em seu âmbito. No que diz respeito ao comportamento dos órgãos públicos, a coordenadora também relata que, em sua experiência, a celebração de acordos efetivamente ocorre, em especial se houver indícios probatórios suficientes para evidenciar o risco de uma provável condenação.

Os mediadores são prestadores de serviços externos, que forem certificados para atuar neste programa, ou mediadores escolhidos de comum acordo pelas partes e aceitos pelo juízo. Para que sejam escolhidos pelas próprias partes, em cada caso concreto, é preciso que estas cheguem a um acordo no prazo de 10 dias a contar da ordem que as remeteu à mediação. Se não concordarem, o juízo apontará um mediador certificado pelo programa em sistema de rodízio (ou outro critério adotado por cada unidade jurisdicional). Se qualquer uma das partes preferir que o mediador seja um advogado, o juízo nomeará um mediador que assim o seja. A remuneração do mediador funciona da seguinte forma: nos casos em que o mediador não for voluntário, ele pode chegar a um acordo escrito com as partes sobre o valor de sua remuneração e a responsabilidade de cada uma pelo pagamento; não havendo este acordo, ele será remunerado de acordo com o valor por hora estabelecido pelo juízo que remeteu o caso à mediação, o qual também estabelecerá a proporção que cabe a cada uma. No caso de

pequenas causas ou de partes carentes, conforme a renda, o Judiciário cobra um valor subsidiado pelos serviços de mediação, ou mesmo nenhum valor <sup>313</sup>.

Na Flórida, a mediação é obrigatória sempre que requerida por uma das partes ou quando houver uma ordem judicial neste sentido (o que não exclui órgãos públicos). A parte que não comparecer sem justa causa pode ser condenada a pagar os honorários do mediador e do advogado da parte contrária, bem como outros custos incorridos pelos prejudicados. Não se utiliza, porém, a mediação em casos de violência doméstica. Note-se que o índice de casos que foram referidos para mediação em que ela efetivamente se realizou, de 2006 a 2007, era de, em média, dois terços dos casos, segundo os mesmos relatórios oficiais acima referidos.

Dentre os casos mediados, o percentual de realização de acordos é de, em média, 45% em matéria cível, 80% em conflitos envolvendo crianças e adolescentes e 65% em pequenas causas.

A mediação está disponível para conflitos na área de família (em todas as unidades jurisdicionais do Estado) e criança e adolescente (em 75% das unidades em 2006), bem como para pequenas causas e casos em geral de competência da primeira instância (nem todos os condados, onde estão os juízos encarregados de julgar pequenas causas e crimes leves, oferecem serviços de mediação, mas este percentual já era de quase 75% em 2006). Também funcionam no Estado programas de mediação comunitária (Citizen Dispute Settlements), em que a mediação é fornecida gratuitamente para as partes, que quase sempre comparecem sem advogados, seja em conflitos que já estejam tramitando em juízo ou não. Os mediadores são voluntários (ou cobram valores bem inferiores ao praticado no mercado privado) e cada um dos centros estabelece suas próprias regras para certificação (ou não) de mediadores. Em segunda instância, a utilização da mediação, no período de 2005 a 2007, levou a que houvesse desistência do recurso em um terço dos casos mediados.

### 2.2.1.3 Texas

No âmbito estadual, foi entrevistado informalmente um juiz estadual aposentado no Texas, Joseph Hart, que atualmente é mediador e, no passado, desempenhou papel decisivo na

---

<sup>313</sup> Fontes: **Florida Mediation & Arbitration Programs: a compendium. FY 2005-2006. Florida Mediation & Arbitration Programs: a compendium. FY 2006-2007.** Relatórios publicados anualmente pelo Dispute Resolution Center – Office of the State Courts Administrator, em Tallahassee, Florida.

implementação da mediação judicial no Texas. Ele relatou que, em sua experiência, costumava ser bastante complicada a realização de sessões de mediação nos conflitos envolvendo órgãos públicos e, muitas vezes, os juízes aceitavam escusas dos advogados destes órgãos para não participarem. Pelo que se pode deduzir da entrevista realizada na Procuradoria-Geral do Estado do Texas, este comportamento de resistência inicial alterou-se ao longo do tempo. Entretanto, essa resistência inicial de órgãos públicos (nomeadamente de nível estadual e local) me foi relatada informalmente também por outros mediadores com grande experiência no trabalho com o Poder Público, em conferência dos centros estaduais (2.2.3) de que participei durante a pesquisa.

#### **2.2.1.4 Maryland**

Por fim, foi objeto da pesquisa ainda o programa de mediação judicial do Estado de Maryland, um dos mais novos no país, mas que, durante a sua fase de elaboração (que utilizou, inclusive de técnicas de mediação, facilitação de diálogos e democracia participativa), buscou aprender com a experiência de diversos outros Estados e é atualmente considerado uma referência nos EUA. Nosso entrevistado foi Louis Giezl, vice-Diretor do programa. A ideia de desenvolver de forma pró-ativa a utilização de meios apropriados de resolução de controvérsias em Maryland foi encampada em 1998 pelo Presidente do tribunal de segunda instância, Robert Bell, e, após dois anos de intensas discussões das quais participaram mais de 700 pessoas no Estado (WHITE 2009:82), foi implantado, no seio do próprio Poder Judiciário, em 2000, o “Maryland Mediation and Conflict Resolution Office” (MACRO), o qual abrange, ao lado da coordenação da mediação judicial, também a referente aos programas de mediação no âmbito do Poder Executivo, da qual trataremos mais adiante, bem como de mediação escolar e comunitária.

Os mediadores certificados pelo programa devem passar por um treinamento de 40 horas, bem como submeter-se a diretrizes éticas, assumindo ainda os compromissos de aprimoramento constante (através de um número mínimo anual de treinamentos oferecidos pelo programa e que deverão ser frequentados pelos mediadores), bem assim de cooperar de boa fé com a Ouvidoria do programa, que recebe queixas sobre atuação dos mediadores. O Programa para Excelência dos Mediadores possui mais de 400 membros.

Sobre o pagamento dos mediadores, estes são voluntários nas pequenas causas, devendo, porém, constar do rol de mediadores aptos a atuar neste programa. Nas causas de família, há outro rol de mediadores privados, que atuam tanto voluntariamente quanto de forma remunerada, bem como alguns mediadores remunerados pelo tribunal. Nas causas cíveis, em geral, o pagamento do mediador é rateado entre as partes, a menos que estas demonstrem impossibilidade de arcar com essa despesa – caso em que o juiz designará um mediador para atuar de forma gratuita ou por um valor reduzido. Em Maryland, a mediação ainda não é utilizada na terceira instância, mas já é utilizada na segunda instância, constituída do tribunal que, em Maryland, se chama “Court of Special Appeals”<sup>314</sup>, o qual inaugurou seu programa de mediação no início de 2010. Neste, as partes podem requerer a mediação, mas também podem ser referidas a ela pelo juízo. Todos os casos de competência deste juízo podem utilizar-se da mediação, exceto ações relativas a atos infracionais cometidos por adolescentes, destituição da autoridade parental e recursos de réus presos. Os mediadores são selecionados dentre 21 juízes (sendo 17 aposentados) que receberam treinamento para atuar no programa.

A escolha dos mediadores é, em geral, feita pelo juízo, mas as partes, de comum acordo, também podem optar por um determinado mediador.

No que tange à obrigatoriedade ou voluntariedade, a mediação somente é obrigatória nos casos envolvendo guarda e visitação de crianças (à exceção das hipóteses em que houver abuso) e nos casos envolvendo responsabilidade de médicos por práticas inadequadas (neste último caso, em razão de disposição legal). A maioria dos casos, porém, é referida para a mediação, sendo que em metade destes a mediação chega a ser utilizada (em muitos casos, as partes acabam firmando acordo antes da mediação ou o caso não chega a ser processado por vícios formais).

O índice de realização de acordos nos processos judiciais em que é utilizada a mediação é de 62%, considerando os casos devidamente registrados, o que não reflete, porém, a totalidade, em face de não haver ainda um sistema informatizado de rastreamento. No caso dos processos em que é utilizada a conciliação (“settlement conferences”), realizada por advogados voluntários e juízes, o índice de realização de acordos é de 48%.

---

<sup>314</sup> Fonte: <http://www.courts.statew.md.us/overview.html>. Acesso em 20.7.2010.

No que diz respeito à avaliação do sistema, o Centro está desenvolvendo um sistema informatizado apto a processar as informações provenientes dos usuários da mediação e outros meios apropriados de resolução de conflitos. Entretanto, já foram realizadas pesquisas de satisfação dos usuários de mediação ou conciliação no âmbito do programa e a taxa de satisfação com o processo relatada pelos participantes foi de 86% <sup>315</sup>, sendo que 90% deles recomendariam a utilização do processo a terceiros.

Por fim, o entrevistado não soube dar notícias de ações coletivas envolvendo políticas públicas em que tenha sido utilizada a mediação.

O programa também patrocina, baseado em avaliação de desempenho, programas de mediação comunitária, os quais, em Maryland, atuam em três tipos de casos: a) processos referidos pelo Judiciário (que paga pelos serviços de mediação prestados) envolvendo pequenas causas, relações de inquilinato, casos de perturbação da paz pública; b) crimes de pequeno potencial ofensivo referidos pelo Ministério Público; c) conflitos de vizinhança que não chegaram a gerar a instauração de um processo judicial ou inquérito policial. O programa propicia o treinamento de voluntários na própria comunidade, tanto para serem mediadores quanto para serem membros da Diretoria destes centros, bem como treina policiais em técnicas que evitem o exacerbamento de conflitos.

### **2.2.2 Judiciário federal**

No âmbito federal, entrevistei dois mediadores do programa de mediação do 9º. Distrito do Judiciário Federal (os Distritos em questão são equivalentes às Regiões da Justiça Federal no Brasil, pois todos eles abrangem vários Estados), programa considerado exemplar no âmbito da Justiça Federal, sendo um (Daniel Bowling) integrante do programa que funciona em primeira instância e outra (Margaret Corrigan) integrante do programa que funciona em segunda instância.

Ambos os programas começaram a funcionar em meados de 1990 e por ambos os mediadores foi relatado que os órgãos públicos costumam conciliar, muito embora Margaret Corrigan tenha esclarecido que a abertura para a conciliação é maior entre os órgãos federais,

---

<sup>315</sup> Fonte: “The impact of the Mediation and Conflict Resolution Office’s work to advance the appropriate use of Alternative Dispute Resolution in the Courts”. Report to the Joint Chairmen submitted by the Chief Judge, Court of Appeals of Maryland and the Executive Director of MACRO. November 1, 2008.



que geralmente já chegam ao tribunal com uma análise de riscos elaborada, por vezes até mesmo tomando a iniciativa de propor a utilização de mediação ou conciliação.

Uma diferença fundamental entre os dois programas está no fato de que, enquanto a segunda instância mantém um quadro próprio de nove mediadores remunerados pelo tribunal, cuja dimensão é suficiente para atender à demanda (muito embora as partes, de comum acordo, possam optar por um mediador externo, se assim preferirem), o programa de primeira instância, que lida com um número muito maior de casos, utiliza-se de mediadores externos, que receberam um treinamento obrigatório, com duração de 4 dias, no caso dos que não possuíam treinamento anterior, ou de 2 dias, para aqueles que já haviam sido treinados em mediação anteriormente. O número de mediadores integrantes do rol do programa de primeira instância, cuja maioria é de advogados, gira em torno de 300 a 400 integrantes. Em ambos os casos, a coordenação do programa escolhe o mediador, buscando distribuir igual número de casos para todos eles, a menos que as partes, de comum acordo, escolham um dos mediadores.

No que diz respeito à obrigatoriedade ou voluntariedade, também, os programas têm sistemas distintos: na primeira instância, as partes são obrigadas a optar entre: a) utilizar um dos meios apropriados de resolução de conflitos oferecido pelo programa (mediação, arbitragem, sessões de conciliação presididas por magistrados ou avaliação antecipada do caso por terceiro); b) realizar uma conferência telefônica (da qual participam, em realidade, seus advogados) para discutir com um membro da equipe coordenadora do programa qual a opção mais apropriada dentre estes meios. Na segunda instância, a utilização da mediação é voluntária, mas os mediadores também selecionam casos para realizar conferências telefônicas com os advogados das partes, a fim de buscar convencê-los a utilizar a mediação quando entendem que o caso é apropriado. Se uma das partes não possui advogado, a possibilidade de mediação não é oferecida. Outra possibilidade que, por vezes, ocorre é a de os magistrados, nas sessões de julgamento, remeterem as partes à mediação. Segundo a mediadora do programa de segunda instância entrevistada, em cerca de 60% dos casos, a mediação chega a ser utilizada e, dentre estes casos que a utilizam, dois terços deles acabam ou resultando em acordo (seja na própria sessão de mediação ou logo após) ou resultando na desistência do recurso pela parte recorrente.

Também na primeira instância, a mediação não é utilizada se todas as partes não tiverem advogados, sendo que acordos são alcançados em 65% dos casos que utilizam um dos meios apropriados de resolução de conflitos.

No que concerne à avaliação dos resultados, o programa de primeira instância, baseado em relatórios dos mediadores e questionários respondidos pelas partes e seus advogados, relata um índice de satisfação de 72%. O programa de segunda instância, que já teve um programa de avaliação por um semestre, hoje conta apenas com diálogos informais a respeito, pois houve a percepção de que as pessoas não seriam honestas ao avaliar um programa que é inteiramente fornecido pelo próprio tribunal. A mediadora relata, porém, que, apesar da necessidade de demonstrar os bons resultados do programa, existe uma clara compreensão no tribunal de sua utilidade e da economia de custos que ele gera.

No que diz respeito à remuneração dos mediadores, o programa de primeira instância, que utiliza mediadores externos, conta com o compromisso dos mediadores certificados de trabalharem voluntariamente nas quatro primeiras horas de mediação. A partir daí, os custos (a menos que o mediador concorde em trabalhar sem remuneração) devem ser pagos pelas partes, sendo que, nas quatro horas seguintes, podem ser cobrados até 300 dólares por hora e, depois de oito horas, cada mediador pode cobrar das partes o valor que normalmente pede pela sua hora de serviço.

Nos casos envolvendo políticas públicas, os mediadores dos dois programas relataram que já houve casos resolvidos por mediação, sendo que, no programa de primeira instância, estes casos complexos estão entre aqueles em que os próprios mediadores do programa (que são em número de três) é que atuam.

Sobre a previsão de penalidades para o caso de descumprimento dos acordos celebrados, o mediador do programa de primeira instância relata que isto varia muito conforme o caso, enquanto a mediadora do programa de segunda instância relata que somente são incluídas penalidades se houver requerimento de uma das partes.

Merece registro, por fim, uma peculiaridade do programa de primeira instância, mencionada espontaneamente pelo mediador entrevistado: a realização de reuniões mensais de “reflexão sobre a prática”, entre os mediadores cadastrados no programa, com o objetivo de compartilhar dificuldades e boas experiências no curso dos trabalhos de mediação. Os mediadores são divididos em grupos de 15 a 20 mediadores para esta finalidade, sendo que,

na prática, cinco ou seis mediadores costumam participar em cada grupo. Nos primeiros seis meses após o treinamento e cadastro no rol do programa, requer-se a participação em pelo menos quatro desses encontros; após este período, a participação é voluntária. Aqueles que participam relatam, porém, segundo o entrevistado, serem as reuniões extremamente benéficas para o aprimoramento de sua prática.

## **2.3 Centros de mediação de conflitos envolvendo órgãos públicos em nível estadual**

A maioria dos Estados americanos possui algum centro de resolução especializado em conflitos que envolvem órgãos públicos, localizado no Poder Executivo, no Poder Judiciário ou em universidades. Neste item, descrevo um programa localizado no âmbito do Poder Executivo, no Estado de Ohio, e um programa localizado no âmbito do Poder Judiciário, no Estado de Maryland.

### **2.3.1 Ohio Commission on Dispute Resolution**

Em Columbus, capital de Ohio, entrevistei Maggie Lewis, Vice-Diretora da Comissão acima referida, que coordena o programa no que diz respeito à utilização de meios apropriados de solução de conflitos em agências públicas no Estado.

A Comissão, que se situa no âmbito do Poder Executivo, foi criada em 1989 e seu escopo, em realidade, inclui: a) mediação e instrumentos afins em agências estaduais; b) mediação e instrumentos afins em agências locais; c) mediação comunitária; d) mediação no ambiente escolar. A mediação judicial é coordenada por um departamento subordinado à Suprema Corte do Estado.

No que diz respeito às duas primeiras, que interessam à presente pesquisa, a Comissão tem um programa de mediação de conflitos no local de trabalho, que atende gratuitamente os casos enviados por todas as agências estaduais e locais do Estado. O índice de obtenção de acordos nestes conflitos é de, em média, 85%.

Quanto aos conflitos entre agências públicas e pessoas ou entes privados, a maioria das agências não possui seus próprios programas de mediação, mas envia, caso a caso, conflitos para serem mediados à Comissão. Alguns destes conflitos são mediados sem custos

e, em outros, os serviços de mediação são cobrados, em especial quando os facilitadores não são membros da equipe, mas sim mediadores privados por ela certificados.

A Comissão também realiza a mediação de eventuais conflitos entre agências públicas, bem como está começando a desenvolver um programa de mediação para o Departamento de Processos Administrativos (“Office of Administrative Hearings”).

Quanto aos treinamentos, estes são ministrados pela própria equipe da Comissão para agências estaduais e locais, versando sobre processos decisórios colaborativos, elaboração negociada de regulamentos administrativos, etc.

No que diz respeito, propriamente, à facilitação de processos decisórios colaborativos, a identificação dos grupos participantes leva em conta quem quer que possa ser afetado pelo processo. Normalmente, eles já estão organizados, mas, se não estiverem, o facilitador pode ajudá-los neste sentido ou identificar alguém que possa fazê-lo. No que concerne à publicidade das reuniões, estas são abertas.

As atividades da Comissão são, em sua quase totalidade, custeadas com recursos orçamentários, mas a equipe já foi reduzida à metade desde a sua criação e encontra-se ameaçada de fechamento em razão da crise orçamentária atravessada pelo Estado (o déficit orçamentário foi relatado pela quase totalidade dos Estados onde se desenvolveu a pesquisa). Uma alternativa que está sendo estudada é que a Comissão passe a cobrar pelos serviços prestados a outras agências.

### **2.3.2 Maryland Conflict Resolution Office (MACRO)**

Em Maryland, o centro de resolução de conflitos, embora situado no âmbito do Poder Judiciário, possui uma divisão encarregada de encorajar e propiciar infra-estrutura para as agências públicas em métodos apropriados de resolução de controvérsias. Esta divisão ajuda (inclusive financeiramente) as agências públicas que queiram (a iniciativa é sempre voluntária) implantar seus próprios programas de mediação, assim como ajudou a criar e expandir programas de mediação envolvendo crimes de menor potencial ofensivo no âmbito das diferentes unidades da Procuradoria-Geral do Estado. Estas unidades criaram seus próprios programas de mediação ou referem casos para os centros de mediação comunitária, em especial quando originados entre pessoas que possuem um relacionamento.

No Departamento de Processos Administrativos (Office of Administrative Hearings), todos os juízes administrativos foram treinados pelo MACRO em mediação. Nos procedimentos relacionados à educação especial, a possibilidade de utilização da mediação sempre é oferecida, ao passo que, em outros procedimentos administrativos, a utilização da mediação se dá caso a caso.

O centro criou um programa de mediação de conflitos no local de trabalho, mediante a criação de um rol de mediadores que pode ser compartilhado entre as agências que participam do programa (Shared Neutrals Mediation Program). Segundo o entrevistado, o Vice-Diretor Lou Giezsl, um terço das agências utilizam o programa, sendo que algumas delas têm seus próprios programas de mediação de conflitos no local de trabalho. O mediador deve sempre pertencer aos quadros de uma agência diferente daquela onde se deu o conflito.

No que tange propriamente à facilitação de conflitos que envolvem políticas públicas, segundo a Diretora Ramona Buck, o programa promove treinamentos tanto para gestores públicos sobre quando é apropriado utilizar e como funcionam estes processos quanto para mediadores que desejem atuar como facilitadores nesse tipo de processos. Na maior parte dos casos, o programa não presta serviços diretamente nestes processos, mas sim atua como autêntico patrocinador, inclusive contratando facilitadores que tenham as qualificações adequadas ou fornecendo recursos às agências que deles necessitem para contratar facilitadores. Cabe ao facilitador contratado identificar quais os grupos afetados ou interessados que devem participar do processo, bem como ajudar os grupos não organizados a selecionar um representante que defenda seus interesses na mesa de negociações. Para atenuar desigualdades significativas de poder entre as partes, cabe ao mediador assegurar que todas elas tenham oportunidades de expressar seus interesses. Quanto à publicidade das reuniões, nenhuma delas é totalmente confidencial, sendo algumas vezes possibilitada, inclusive, a participação da mídia. Cabe ao facilitador discutir com os participantes no debate quem atuará como porta-voz do grupo e que informações serão repassadas à imprensa. Ao final de cada processo, o programa aplica um questionário de avaliação a todos os participantes, onde se indaga dos participantes sua opinião sobre vários aspectos-chave do processo (desde a identificação de quem deveria participar até a organização da agenda e dos trabalhos como um todo), bem como sobre os seus resultados. Quase sempre o processo resulta em acordos quanto aos pontos principais relativos à política pública, sendo que não costumam ser

previstas penalidades, mas sim, em caso de descumprimento, entende-se ser o caso de retomar o processo colaborativo.

## **2.4 Centros de resolução de conflitos envolvendo políticas públicas baseados em Universidades**

Não obstante existam Estados em que foi adotado outro modelo, situando estes centros dentro do Poder Executivo ou do próprio Judiciário, quase todos os centros estaduais cuja missão é difundir a utilização de meios apropriados de resolução ou prevenção de controvérsias envolvendo o Poder Público em nível estadual e local são situados em Universidades estaduais (às vezes, mais de uma). Uma observação importante a ser feita é que, nos EUA, os serviços de ensino oferecidos por universidades públicas são pagos, salvo quando há concessão de bolsas, sendo que os serviços de extensão podem ou não ser cobrados. A característica comum a esses programas é o fato de terem iniciado seus trabalhos voltados para os métodos resolução de conflitos, notadamente a mediação, e, com o passar do tempo, terem passado a atuar mais na esfera preventiva, facilitando processos decisórios colaborativos. O enfoque dos programas, seja na área de treinamento, de pesquisa ou de serviços (extensão), reflete esta mudança. Também ficou clara uma predominância da atividade de prestação de serviços (facilitação de processos decisórios colaborativos no âmbito de políticas públicas), seguida de treinamentos e, por último, em circunstâncias específicas, porém não de forma sistemática, a pesquisa.

Por essa razão, nosso questionário buscou, após identificar desde quando cada programa está em funcionamento, suas áreas de atuação, sua fonte de receitas e os tipos de atividades desenvolvidas, pesquisar algumas questões identificadas como de especial relevância no que tange aos processos decisórios colaborativos, quais sejam: a) como se dá a identificação dos grupos que devem participar do processo; b) como se procede quando estes grupos não estão suficientemente organizados; c) o grau de publicidade das sessões onde ocorrem os debates e deliberações; d) como se procede para equilibrar diferentes habilidades de negociação; e) quem são os facilitadores utilizados nestes processos e como eles são escolhidos; g) se os processos costumam efetivamente resultar em consenso e em que medida. Também busquei perquirir se algum destes centros possui um sistema de avaliação da eficiência destes processos colaborativos, o que está sendo desenvolvido no Oregon

Consensus (como se relatará mais adiante), ou se atua em mediação desse tipo de conflito (os que envolvem políticas públicas) quando já existe um processo judicial em trâmite, caso em que a resposta foi quase sempre negativa, com exceção do primeiro centro, no qual passei a maior parte do tempo desenvolvendo a pesquisa.

#### **2.4.1 Center for Public Policy Dispute Resolution (University of Texas – campus Austin)**

O centro baseado na Faculdade de Direito da Universidade do Texas, na capital do Estado, foi fundado em 1993 e possui uma trajetória típica de vários outros centros, como se descreverá ao longo desta exposição. Inicialmente, atuava mais com resolução de conflitos, tendo, por exemplo, contribuído para a implantação do programa de mediação de várias agências, entre as quais destaca-se o Departamento de Processos Administrativos do Estado do Texas (State Office of Administrative Hearings), para a criação de um programa de mediação de conflitos no local de trabalho a ser utilizado pelas agências públicas estaduais, e para a redação da legislação que autorizou e incentivou a utilização de meios apropriados de resolução de controvérsias pelas agências públicas no Texas, bem como da legislação que disciplinou a elaboração negociada ou participativa de regulamentos administrativos (*negotiated rule-making*), entre vários outros projetos de lei para o qual o centro contribuiu.

Além disso, conforme relatou a Diretora Executiva do centro entre 1993 e fevereiro de 2010, Jan Summer, o centro produziu, em 1999, um estudo abrangente descrevendo o grau de utilização de meios apropriados de resolução de conflitos pelas agências estaduais. Com o passar do tempo, passou a atuar mais com facilitação de diálogos entre entes públicos e grupos interessados ou afetados por políticas públicas, hoje principal foco de sua atuação, conforme a Diretora de programas na área ambiental, Suzanne Schultz.

Por estar intimamente ligado ao Poder Legislativo do Texas, que inclusive lhe destina recursos orçamentários suficientes para cobrir 60% das suas despesas, uma das atividades permanentes do centro desde a sua criação foi a produção de um relatório anual onde se descrevem todos os projetos apresentados e leis aprovadas onde se prescreve a utilização da mediação ou arbitragem. Uma outra atividade permanente é a realização de cursos de curta duração destinados a pessoas-chave no setor público e privado a fim de que estas venham a compreender melhor os meios apropriados de resolução de controvérsias, bem como os processos decisórios colaborativos.

De acordo com a analista administrativa do centro, Vicki Read, além dos recursos orçamentários, o centro também possui receitas decorrentes de treinamentos (quase sempre voltados para agências públicas ou para o Poder Legislativo) e outros eventos realizados (inclusive um curso de especialização em métodos alternativos de resolução de controvérsias), bem como dos serviços prestados na área de facilitação de processos decisórios colaborativos. A Universidade fornece o espaço, mobiliário e material de expediente necessários e o centro, por seu turno, oferece disciplinas para os alunos da Universidade relacionadas à sua área de atuação (por exemplo, negociação em conflitos públicos e ambientais).

Segundo a Diretora de Treinamento, Betty Gilmore, o centro também oferece um treinamento em mediação básica (40 horas) uma vez por ano, no qual 40% das aulas consiste em atividades práticas em casos simulados nos quais os alunos atuam como mediadores. Estas atividades são gravadas, com o intuito de serem avaliadas pelos próprios alunos em conjunto com os professores. O público que frequenta este treinamento costuma ser, principalmente, de advogados, seguido de funcionários públicos e também de profissionais na área de saúde. As características dos advogados que fica evidenciada nas atividades simuladas, segundo ela, é o fato de ficarem muito focados no passado, bem como de serem demasiado diretivos na mediação, ao invés de simplesmente facilitadores. Ainda segundo ela, nem todos os profissionais que trabalham com mediação no mercado já passaram por esse treinamento básico.

No que toca às atividades de pesquisa, o centro já realizou diversos estudos de caso, no passado, graças à participação de estagiários do curso de Direito e de Administração Pública (Public Affairs). Deixou de realizá-los há algum tempo, em face de outras prioridades na sua atuação. Os estudos de caso realizados no âmbito deste centro representaram uma de minhas principais fontes para melhor compreensão da utilização prática dos processos decisórios colaborativos.

Por fim, no que diz respeito em geral à facilitação de processos decisórios colaborativos, foi possível apurar, a partir da leitura dos estudos de caso e de entrevistas com as duas Diretoras já mencionadas e também com a então Vice-Diretora e atual Diretora-Geral do Centro Susan Schultz, que: a) quanto à identificação de grupos interessados ou afetados, esta se faz na fase de avaliação do contexto, utilizando-se de entrevistas com aqueles primariamente identificados; b) quanto à publicidade das reuniões, algumas vezes estão são



abertas ao público e outras vezes são fechadas, de acordo com decisão da agência que está patrocinando o processo; c) se os grupos não estiverem suficientemente organizados, o processo fica bastante prejudicado; d) não há técnicas destinadas a lidar especificamente com desequilíbrios de poder significativos. Maiores reflexões serão realizadas ao comentar cada um dos casos, no apêndice 4.

#### **2.4.2 Florida Conflict Resolution Consortium (Florida State University e University of Central Florida)**

O centro baseado em duas universidades estaduais da Florida, sendo uma com sede na capital do Estado (Tallahassee, no norte da Florida) e outra em Orlando, foi criado em 1987, sendo que a inserção da universidade sediada em Orlando se deu cerca de 3 anos mais tarde. Foram entrevistados o seu Diretor-Geral, Robert M. Jones, o Gerente de Projetos Hal Beardall e o Vice-Diretor Thomas Taylor, assim como, por telefone, o Vice-Diretor do programa na universidade em Orlando, Rafael Montalvo.

O programa atua realizando treinamentos, prestação de serviços e pesquisa aplicada, notadamente na esfera pública. Os treinamentos, ministrados pela própria equipe do programa, em geral, são customizados para agências públicas, envolvendo temas relacionados à “governança colaborativa”, construção de lideranças, programas de Ouvidoria, condução de reuniões e audiências públicas produtivas, etc. Embora no passado o programa já tenha fornecido treinamentos voltados especificamente à resolução de conflitos, atualmente tanto os treinamentos quanto sua atuação prática são predominantemente voltados à prevenção, facilitando diálogos entre diversos entes governamentais (cujas competências se sobrepõem parcialmente ou se complementam) em projetos de colaboração conjunta ou entre entes governamentais e grupos interessados ou afetados pelas políticas públicas sob sua responsabilidade. Sob o ponto de vista temático, sua atuação comumente se dá em planejamento de uso do solo, transportes e meio ambiente, com atuação em bem menor escala em setores como educação e saúde.

Outra atividade que o grupo já desenvolveu muito no passado, mas não tem sido solicitado a desempenhar nos últimos anos, é a assistência para a estruturação de sistemas de gestão de meios apropriados de resolução de conflitos em agências públicas.

A respeito do funcionamento e utilização de mediação nestes órgãos, prevista inclusive em legislação estadual específica a respeito, os entrevistados relataram que a “Division of Administrative Hearings” (DOAH – categoria de órgão que denomino nesta tese de “Departamento de Processos Administrativos”) possui regras sobre a possibilidade de utilização de mediação, mas não encoraja efetivamente este uso, nem oferece os serviços de mediação internamente.

De um modo geral, conforme se pôde apurar junto aos três Diretores do programa entrevistados, a utilização de mediação em processos administrativos que tramitam nas demais agências (as que não enviam processos para a DOAH) também não é muito significativa, sendo de se registrar duas observações, conforme se verifica no relatório preparado pelo programa para o governador do Estado em 2000 <sup>316</sup> e que descreve realidade que pouco se alterou: a) há diversos programas em funcionamento que foram criados com base em legislação específica para determinada agência, destinados a uma certa categoria de conflitos, e que costumam apresentar bons resultados; b) não obstante a pequena institucionalização e efetiva utilização de mediação, a grande maioria das agências relata utilizar-se de negociações diretas e informais com as partes envolvidas nos processos administrativos sob sua responsabilidade.

Acerca da sua atuação nos processos de “governança colaborativa”, o Gerente Hal Beardall relata que é muito comum a realização de sessões individuais com as partes, durante intervalos nas reuniões coletivas, e que é papel do mediador fazer com que as partes tenham uma participação equilibrada e efetiva no processo. O processo deve ser, contudo, o mais transparente possível, sobretudo em decorrência de previsões legais quanto à publicidade de reuniões que decidam questões de interesse público. Quando o grupo é muito grande, é comum a divisão dos trabalhos em grupos menores para incentivar a participação equilibrada. Quando se percebe que um dos representantes dos grupos afetados está tendo dificuldades de comunicar-se com o seu grupo, o mediador pode ajudar nesta tarefa.

Sobre as atividades de pesquisa, os entrevistados relataram que, quando um ou mais membros da equipe lecionavam em cursos do Depto. de Planejamento Urbano e Regional na universidade de Tallahassee, muitos estudantes utilizavam os arquivos relativos aos processos de atuação do centro para realizar “estudos de caso”, mas esta prática não tem sido adotada

---

<sup>316</sup> State Agency Administrative Dispute Resolution Pilot Project – Report to the Governor – July 2000. Exemplar fornecido a esta pesquisadora pelos entrevistados.

recentemente. Também já se produziu muita pesquisa instrumental para a realização de algum projeto de facilitação, bem assim seus Diretores, por vezes, publicam artigos em revistas especializadas.

Por fim, quanto à origem do financiamento de suas atividades, o centro é custeado em parte pela Universidade e em parte pelo pagamento feito pelas agências às quais prestam serviços.

#### **2.4.3 Center for Collaborative Policy (California State University – campus Sacramento)**

O centro em questão, situado em Sacramento, capital da Califórnia, foi criado no início da década de 1990, tendo sua atuação, que inicialmente era mais voltada para a difusão de meios apropriados de resolução de conflitos entre órgãos públicos, progressivamente evoluído para a atuação em processos de “governança colaborativa”.

No que se refere a treinamentos, o centro já ofereceu vários no passado, quando contava com o patrocínio da Fundação Hewlett para um projeto neste sentido.

Sobre a pesquisa, muitos estudantes de pós-graduação utilizam o centro para realizar estudos de casos, sob orientação do Diretor de Pesquisa, William Leach, que foi o entrevistado. Além disso, ele próprio e outros membros da equipe produzem artigos relacionados à área de atuação do centro.

O centro não recebe recursos orçamentários públicos para seu funcionamento, mas sim patrocínio de fundações e receitas decorrentes dos serviços prestados, sendo estes últimos pagos pelas agências públicas que promovem os processos colaborativos. Em alguns projetos, contudo, o centro cobra menos do que o valor normal ou mesmo atua *pro bono*.

Os facilitadores em processos de “governança colaborativa”, quase sempre, são membros da própria equipe (o centro conta com uma equipe substancial de dez mediadores) e, quando necessário, são utilizados membros de um rol de mediadores certificados.

A definição dos grupos afetados ou interessados que participarão do processo, normalmente, é feita pela agência que o patrocina. Em casos de desequilíbrio de poder significativo entre os grupos, o facilitador se reúne em particular com aqueles que estejam demonstrando dificuldades de identificar seus interesses e alternativas na negociação. Se for o caso, pode ocorrer a substituição do representante do grupo.

Normalmente, os processos, que nem sempre se realizam em reuniões abertas, resultam em acordo ao menos em parte das questões controvertidas. Para garantir a efetividade de cumprimento deste acordo, procura-se prever uma sequência de etapas necessárias para se chegar ao resultado acordado.

Não existem processos formais de avaliação da efetividade dos processos e acordos firmados, apenas o contato informal com os próprios interessados.

#### **2.4.4 Common Ground (University of California – campus Davis)**

O centro que funciona em cidade contígua a Sacramento também foi criado em 1990 e, segundo sua Diretora, Carolyn Penny, atua tanto em processos de mediação propriamente dita (a exemplo do “agricultural mediation program”, gerido pelo Depto. de Agricultura em nível federal e que possui unidades em todos os Estados) quanto na facilitação de processos decisórios colaborativos.

No que diz respeito a treinamentos, o centro desenvolve tanto cursos de extensão quanto cursos customizados para agências públicas em resolução de conflitos, facilitação de conflitos complexos, gerenciamento de conflitos no local de trabalho, envolvimento da comunidade em processos decisórios.

Quando necessário, o centro atua em colaboração com outros Departamentos da Universidade que detenham conhecimento técnico sobre a matéria envolvida na controvérsia.

A atividade de pesquisa, minoritária, foi desenvolvida por exemplo num projeto de avaliação do programa de gerenciamento de conflitos no meio rural, supra mencionado.

Uma das razões para a dificuldade de desenvolver mais atividades de pesquisa, segundo a entrevistada, é o fato de que o centro não recebe recursos orçamentários, mas sustenta-se com suas próprias receitas, decorrentes de treinamentos e serviços prestados.

#### **2.4.5 Oregon Consensus (Portland State University)**

O programa “Oregon Consensus”, em seu formato atual (desde 2005), é um dos desmembramentos da antiga “Oregon Dispute Resolution Commission”, agência criada em

1989 – o outro é o programa de mediação comunitária, que funciona na “University of Oregon”, em Eugene.

Embora disposições legais o incumbam também de atuar em matéria de resolução de conflitos, atualmente, o programa é predominantemente focado em processos de “governança colaborativa”, notadamente nas áreas de proteção ambiental, uso do solo, transportes e desenvolvimento comunitário (muito embora também tenha atuação em alguns projetos nos setores de educação e saúde), processos nos quais entes governamentais com competência na área dialogam com entidades não-governamentais ou grupos de interessados no setor privado ou na comunidade, a fim de definir objetivos a atingir em determinado setor (como ocorre, por exemplo, na elaboração negociada ou participativa de regulamentos administrativos).

Segundo o Vice-Diretor Steve Greenwood, um dos entrevistados, o programa compartilha parte da equipe e do espaço com o programa “Oregon Solutions” (criado em 2001), o qual atua numa fase posterior, em projetos que já têm objetivos e diretrizes definidas, conduzindo os entes e pessoas em condições de “fazê-lo acontecer” (garantir a sua implementação) a um consenso sobre a forma e recursos a serem utilizados para atingir tais objetivos – um processo que envolve monitoramento, avaliação e revisão constantes. O “fellow” (parceiro que pode atuar como facilitador) do programa Lang Marsh explicou-me que este processo conclui-se com uma “declaração de cooperação” na qual se preveem de forma detalhada as atribuições (inclusive com estimativa do número de horas de trabalho) e recursos financeiros a serem investidos por cada um dos responsáveis pelo atingimento dos objetivos de interesse geral.

No que diz respeito aos treinamentos oferecidos, segundo a Diretora de Treinamento, Laurel Singer, o programa desenvolve cursos de curta duração para servidores em geral, mas em especial para gerentes e supervisores no setor público (predominantemente) e terceiro setor, bem como cursos de extensão na própria Universidade sobre processos decisórios e de gestão colaborativa, liderança, técnicas de comunicação. Pretende-se também desenvolver uma disciplina sobre processos decisórios colaborativos para estudantes de graduação.

Na área de pesquisa, o programa está atualmente desenvolvendo, em conjunto com o “U.S. Institute for Environmental Conflict Resolution”, um mecanismo para avaliação qualitativa dos resultados obtidos em processos decisórios colaborativos. Também existe um projeto para utilizar esses dados obtidos em avaliações dentro do próprio programa.

Os facilitadores em seus projetos são tanto membros da equipe quanto integrantes de seu rol de facilitadores/mediadores externos, os quais são remunerados por hora, em cada projeto, através de um fundo de recursos do qual participam os interessados no processo que tenham condições de contribuir, na medida de suas possibilidades.

O programa se sustenta em parte com estas receitas decorrentes de serviços e em parte com fundos orçamentários (37% da receita, no caso do Oregon Consensus e 60%, no caso do Oregon Solutions).

A identificação dos grupos interessados ou afetados se dá na fase de avaliação do contexto. Se algum(uns) do(s) grupo(s) não estiver organizado para escolher um representante que participe do processo e preste contas ao grupo, o facilitador poderá contribuir na identificação e capacitação de um líder dentro de cada grupo.

Os processos de facilitação geridos pelo programa resultam em acordo (ainda que parcial) e em uma melhoria no relacionamento dos envolvidos na quase totalidade dos casos, mas para isso é necessário, segundo os entrevistados, que os participantes realmente entendam que é do seu interesse chegar a um consenso.

As reuniões costumam ser abertas, mas não são maciçamente divulgadas. Não é comum o comparecimento de pessoas estranhas ao grupo de representantes dos interesses identificados.

Segundo o Diretor Greg Wolff, uma das características dos projetos desenvolvidos no âmbito deste programa é o fato de estarem voltados para uma comunidade específica, com espaço delimitado, o que ajuda a ter foco e objetivos específicos e viáveis.

#### **2.4.6 The William D. Ruckelshaus Center (Washington State University e University of Washington)**

O centro do Estado de Washington, tal como o da Flórida, também envolve duas universidades, uma sediada em Seattle, maior cidade do Estado, e outra em Olympia, que é a capital.

Segundo Rob McDaniel, Vice-Diretor do programa, que nele atua desde o início, o centro foi criado em 2004 e atua principalmente em conflitos de natureza ambiental,

econômica e de turismo, com alguma atuação em “serviços humanos” (nos EUA, os serviços na área de educação e saúde são denominados “human services”).

Sobre os treinamentos, eles são basicamente de três tipos: a) cursos abertos ao público em geral sobre facilitação de diálogos em processos colaborativos e temas afins; b) cursos customizados para agências públicas que desejem formar facilitadores; c) cursos customizados para agências públicas que desejam aprender como utilizar processos colaborativos em suas atividades. Embora já tenha oferecido treinamentos em resolução de conflitos no passado, atualmente o programa não tem sentido esta necessidade, já que o mercado privado tem ampla oferta de cursos nesta área.

Quanto às atividades de pesquisa, o novo Diretor do centro, Michael Kern, informou que o programa desenvolve alguns estudos de casos (não apenas em processos em que o próprio programa atuou, mas outras experiências consideradas relevantes), mas predomina claramente a pesquisa aplicada, notadamente quando se faz necessário esclarecer algum aspecto técnico para se chegar à solução de uma controvérsia nos processos decisórios colaborativos. Neste caso, o centro interage com outros departamentos de ambas as universidades que detenham conhecimento especializado necessário para trabalhar com o problema em questão. Segundo os Diretores entrevistados, os membros do Conselho que formula diretrizes e recomendações para o programa são pessoas com caráter mais pragmático do que acadêmico, daí nem sempre priorizarem pesquisa teórica.

As receitas do centro provêm de doações recebidas de fundações, recursos orçamentários e receitas decorrentes de serviços prestados (por projeto) e dos treinamentos realizados. A equipe do centro em si é bastante reduzida, pois este utiliza docentes das duas universidades tanto nos treinamentos quanto nos serviços de facilitação de processos colaborativos – embora, se necessário, também ocorra a contratação de mediadores externos. Cada projeto tem um gerente e uma equipe específica.

Por fim, no que diz respeito à facilitação de processos decisórios colaborativos, sobre a identificação dos grupos interessados ou afetados pelo processo, isto ocorre por meio das entrevistas na fase de avaliação do contexto. Se algum dos grupos não estiver suficientemente organizado, algum membro da equipe do projeto vai até eles para ajudá-los neste processo. Se, contudo, houver uma divergência significativa dentro do grupo que os impeça de ter uma posição unificada, pode ser necessário desenvolver um processo de construção de consenso

dentro do grupo primeiro. Deve-se, porém, ter cuidado, relatou um dos Diretores, para verificar se a aparente falta de organização interna não é uma estratégia para desacelerar ou inviabilizar o processo como um todo.

Quando existem situações de significativa desigualdade de poder entre as partes, a estratégia dos facilitadores é assegurar que sejam dadas oportunidades idênticas a cada um dos grupos; ainda que alguns deles se antecipem e outros sejam mais passivos, estes últimos também terão a oportunidade e tempo necessários para poderem analisar dados, exporem seus interesses e formularem propostas.

Sobre a questão da publicidade *versus* confidencialidade, os Diretores relataram as seguintes características: a) as reuniões preparatórias para as sessões são confidenciais (privadas); b) contatos com a imprensa são evitados no curso do processo; c) respeitadas as provisões legais quanto à publicidade de reuniões na esfera pública, estas costumam ser abertas, mas podem ser fechadas em caso de necessidade, já que, “sob os holofotes, as pessoas tendem a ser mais inflexíveis e defensivas”, deixando poucas possibilidades para se trabalhar a necessidade de compatibilizar os interesses de seus próprios grupos com os demais.

Por fim, quanto aos resultados obtidos, os entrevistados relataram que acordos substanciais são alcançados na maioria dos casos.

#### **2.4.7 Massachusetts Office of Dispute Resolution and Public Collaboration (University of Massachusetts)**

O centro do Estado de Massachusetts, situado em sua capital, Boston, começou como um projeto especial do gabinete do Governador em 1987 e alcançou *status* de agência independente três anos depois. Em 2005, foi transferido para a Universidade de Massachusetts.

Tal como outros centros pesquisados, inicialmente a atuação deste centro esteve mais voltada para o treinamento e a estruturação de sistemas de resolução apropriada de conflitos, tanto em agências públicas (estaduais e locais), quanto no próprio Poder Judiciário. Atualmente, segundo sua Diretora Executiva, Susan Jeghelian, o centro atua predominantemente em processos de governança colaborativa, bem como em processos nos



quais se busca o amplo envolvimento da população afetada por uma política pública. Além de prestar serviços, também ministram-se treinamentos nessa área, notadamente para agências públicas. Quanto à pesquisa, o centro acaba de contratar um Diretor de Avaliação, encarregado principalmente de desenvolver estratégias para avaliar os processos em que o centro atua, mas isso não foi feito anteriormente.

Os facilitadores em tais processos tanto podem ser um dos cinco integrantes da equipe (que também desempenham funções administrativas) quanto integrantes do rol de 45 mediadores certificados e que possuem contrato com o centro para prestar serviços a agências públicas. Cada projeto tem um gerente responsável, ainda que o facilitador não pertença à equipe.

As receitas do centro vêm de recursos orçamentários (cerca de 25%), patrocínios de fundações e serviços prestados (estes dois últimos totalizando aproximadamente 75%).

No que diz respeito aos processos de facilitação propriamente ditos, a entrevistada nos esclareceu que: a) a identificação dos grupos interessados ou afetados é feita na fase de análise do contexto, sendo que, se os grupos não estiverem suficientemente organizados, a equipe do projeto atuará para ajudá-los a se organizarem; b) em caso de significativa desigualdade de poder entre os grupos, cabe ao facilitador atuar para garantir um equilíbrio; c) em todos os casos, tem sido possível alcançar um acordo substancial ou fazer algum progresso no curso dos trabalhos; d) no que diz respeito à transparência do processo (notadamente a publicidade das reuniões), o centro busca sempre convencer cada agência pública que patrocina um processo como esse da necessidade de construir confiança no processo, o que implica a garantia de transparência e inclusão de todos. A equipe do centro deixa claro para os “patrocinadores” do processo que haverá críticas de qualquer forma, mas que é importante minimizar as críticas ao processo em si. Nesse sentido, a equipe enfatiza também o quanto é importante manter as regras do processo tal qual acordadas desde o início, pois muitas agências agem de forma reativa e tentam mudar as regras do processo durante o seu curso.

Por fim, quando há necessidade de estudos que elucidem questões técnicas, a Diretora sustenta que é fundamental que o enquadramento dos pontos a serem elucidados e a escolha das pessoas que farão o estudo sejam feitos de forma participativa envolvendo todo o grupo.

## **2.5 Órgãos públicos que mantêm programas de mediação na esfera administrativa**

Diversos órgãos públicos nos EUA, seja na esfera federal, estadual ou local, possuem programas que utilizam a mediação de conflitos no âmbito do processo administrativo. A pesquisa logrou incluir alguns órgãos federais e estaduais que possuem programas desta natureza.

### **2.5.1 Órgãos federais**

Em nível federal, ocorreu um esforço coordenado pelo Departamento de Justiça de difusão da utilização de meios apropriados de resolução de disputas pelas agências federais.

Nesse sentido, foi criado, no início da década de 1990, um Grupo de Trabalho Intergovernamental encarregado de coordenar e difundir boas experiências na utilização de meios apropriados de resolução de controvérsias pelas agências públicas federais. Este grupo de trabalho se divide em quatro subgrupos temáticos, quais sejam: a) conflitos envolvendo contestação de atos de agências regulatórias; b) pedidos contra entes governamentais; c) contratos firmados por entes públicos; d) conflitos no ambiente de trabalho.

Entrevistei a coordenadora do subgrupo de pedidos contra entes governamentais, que também coordena a utilização de meios apropriados de resolução de conflitos no âmbito do “U.S. Attorney General’s Office”, instituição federal que abrange o Ministério Público e a Advocacia Pública em nível federal.

Além disso, foram entrevistadas pessoas em posições-chave em duas agências públicas que atuam com conflitos ambientais, sendo uma delas a principal agência reguladora com competência na matéria, o Environmental Protection Agency, e outra uma agência pública criada especificamente com o propósito de fornecer capacitação e promover a utilização de mediação e outros processos colaborativos na resolução de conflitos ambientais, o U.S. Institute for Environmental Conflict Resolution. Por fim, foi entrevistado o coordenador do Depto. de Mediação da Federal Energy Regulatory Commission.

### **2.5.1.1 U.S. Attorney General's Office**

Conforme relatou a entrevistada, Joanna Jacobs, a coordenação de utilização de meios apropriados de resolução de disputas foi criada em 2000.

Essa coordenação, entre outras atribuições, calcula e divulga a economia de recursos que se realiza em cada processo judicial nos quais se utiliza a mediação. De acordo com estimativas contidas nos relatórios de avaliação elaborados para cada caso, o Departamento calcula a economia de tempo e recursos considerando o tempo que o caso levaria normalmente para ir a julgamento, o valor das horas dos Procuradores atuantes no caso que deixaram de ser trabalhadas e o valor de despesas de viagem para comparecer a audiências, ouvir testemunhas e outras que seriam incorridas durante a instrução.

Quando ocorre a utilização da mediação, a remuneração do mediador é rateada entre as partes, o que, segundo ela, aumenta a credibilidade na imparcialidade do mediador e do processo.

Ela ressaltou, contudo, que a celebração de acordos, na maioria dos casos, ocorre até mesmo sem a utilização da mediação, sendo que apenas 0,7% dos casos vão a julgamento.

No que diz respeito ao procedimento para a celebração de acordos, ele segue três etapas: a) o Procurador atuante no caso faz uma recomendação de acordo; b) conforme o valor, uma dentre várias possíveis instâncias hierárquicas autoriza ou não a celebração do acordo e seus termos; c) caso autorizada a celebração do acordo, este é publicado.

### **2.5.1.2 Environmental Protection Agency (EPA)**

Entrevistei Deborah Dalton, integrante da equipe do Conflict Prevention and Resolution Center do EPA, que me descreveu as diferentes esferas em que a agência utiliza a mediação e outros processos colaborativos de resolução de conflitos.

A elaboração negociada de regulamentos administrativos é utilizada desde 1984, mas atualmente é pouco comum que o procedimento formal seja usado. É muito comum, todavia, que sejam utilizados processos de troca de informações ou processos colaborativos que resultam na elaboração de uma recomendação quanto ao conteúdo do ato normativo para a agência.

A mediação nos conflitos decorrentes de aplicação de penalidades administrativas é utilizada desde 1986. Sua utilização é sempre voluntária, mas o índice de acordos é bastante alto. Os mediadores utilizados são os próprios juízes administrativos que atuam nestes processos (mas nunca o mesmo que decide), porém, se o cidadão ou ente privado preferir, pode ser utilizado um mediador externo. A escolha do mediador que vai atuar em cada caso é feita por sorteio, da mesma forma que a escolha dos juízes administrativos que irão decidir o caso.

Durante o processo de licenciamento, o uso de mediadores não ocorre com muita frequência, mas, quando ocorre, normalmente são utilizados mediadores externos. Está sendo desenvolvido um projeto-piloto de utilização de mediação na instância recursal destes processos.

Por fim, um outro tipo de situação em que a mediação é muito utilizada diz respeito à gestão de processos de recuperação de áreas degradadas, que envolvem inúmeras questões controvertidas relativas à extensão da responsabilidade do poluidor, tais como: a) redução do valor das propriedades vizinhas das áreas afetadas; b) avaliação do nível de risco de permanência de moradias, a fim de verificar eventual necessidade de realocação; c) monitoramento dos processos de recuperação da área. A utilização da mediação nestes processos, embora possa durar vários anos, tem se demonstrado apta a viabilizar a celebração de acordos viáveis e que alcançam bons resultados.

O Conflict Prevention and Resolution Center foi criado em 2000 e atua principalmente na coordenação de processos de elaboração negociada de regulamentos administrativos e processos de governança colaborativa em geral. O centro em questão ajuda os Departamentos interessados a identificar a modalidade de processo colaborativo mais adequado (desde audiências para consulta pública ou troca de informações até processos em que se vai tomar uma decisão sobre política pública ambiental), identificar as entidades e grupos que serão convidados a participar (as ONGs escolhidas precisam ter tempo, conhecimento técnico e recursos que viabilizem a sua participação no processo), identificar mediadores ou facilitadores apropriados (quando for o caso, pois, quando se trata de mero intercâmbio de informações, por exemplo, funcionários do EPA treinados podem ser utilizados), bem como especialistas aptos a realizar estudos técnicos durante o processo. O uso de facilitadores

externos, segundo ela, ajuda a incrementar a capacidade de escuta da EPA, pois eles não estão preocupados em estruturar o processo e sim com o conteúdo que está sendo discutido.

A maioria das reuniões realizadas nestes processos são públicas e estes processos colaborativos também são utilizados em situações em que outras agências públicas também têm competência para atuar na matéria.

Além disso, o centro também reúne uma série de informações sobre os procedimentos e desfechos destes processos colaborativos, a fim de divulgar boas experiências para outros departamentos da agência, além de oferecer uma série de treinamentos versando sobre a utilização desse tipo de processo. Os treinamentos são voltados para diferentes públicos: a) novos empregados; b) gestores; c) departamentos que possuem maior demanda. Eles podem tanto ser realizados sob forma de cursos de curta duração, mediante demanda da área interessada, como mediante a inserção de conteúdos em outros treinamentos que vão ser oferecidos a uma determinada área. As principais barreiras à utilização de processos colaborativos pelos empregados da EPA, segundo a entrevistada, dizem respeito ao receio de perder controle sobre o processo e à crença na auto-suficiência, de que a negociação não precisa ser intermediada por terceiro.

Por fim, a entrevistada relatou que a EPA está desenvolvendo mecanismos de avaliação da utilização de mediação e outros processos colaborativos pela agência, de forma a se permitir mensurar não apenas a economia de tempo e recursos, mas também a melhoria nos relacionamentos e da qualidade da proteção ambiental alcançada.

#### **2.5.1.3 U.S. Institute for Environmental Conflict Resolution**

Esta agência federal, como dito, tem como missão oferecer recursos para utilização da mediação e outros processos colaborativos de solução de conflitos ambientais. Para esse fim, ela oferece treinamentos, realiza conferências, produz estudos de caso e outras publicações de interesse da área, bem como administra um rol de 300 mediadores certificados, em todo o país, para atuar em conflitos ambientais.

A entrevistada, Suzanne Orenstein, é a Diretora do escritório da agência em Washington, D.C. e a entrevista versou sobre as principais questões controversas na utilização de processos colaborativos para resolver conflitos ambientais.

No que diz respeito à atuação do mediador em situações de acentuado desequilíbrio de poder entre as partes, entende ela que, em situações extremas, fica inviabilizada a utilização da mediação. Porém, num quadro de desigualdade que seja administrável, cabe ao mediador, notadamente nas sessões privadas que realizar com cada uma das partes, ajudá-las na avaliação de uma solução que melhor atenda a seus interesses, caso elas estejam com dificuldades em visualizar se uma determinada proposta se adequa aos interesses por ela expressados durante o processo.

No que concerne à identificação de grupos que participarão do processo, ela menciona três diretrizes: a) agências que tenham competência para atuar na matéria; b) grupos afetados pela decisão a ser tomada; c) pessoas ou grupos que possuam recursos ou informações para contribuir na implementação de uma solução. Na fase de análise do contexto, é preciso delimitar quem está envolvido no tema controvertido e quem poderia se opor a uma solução negociada sem a sua participação. Na escolha de entidades não-governamentais, é imprescindível identificar ONGs que detenham credibilidade e representatividade junto à comunidade de entidades por elas representadas.

No que tange à escolha do facilitador ou mediador, aponta ela que as agências públicas definitivamente preferem pessoas que tenham familiaridade com a matéria, além de experiência na facilitação de diálogos colaborativos.

Por fim, quanto à abertura das reuniões, ela entende que a definição da pauta, regras do processo e a tomada de decisões relevantes sempre devem ocorrer em sessões públicas. Entretanto, a realização de sessões privadas entre o facilitador e cada uma das partes, ou mesmo de tele-conferências, de forma a gerar ideias e permitir que soluções criativas ocorram às partes, pode e deve ocorrer.

#### **2.5.1.4 Federal Energy Regulatory Commission**

Entrevistei o Diretor do Departamento de Resolução de Disputas da Federal Energy Regulatory Commission, Richard Miles, que é também o coordenador do subgrupo de trabalho especializado em conflitos que envolvem contestação de atos de agências reguladoras.

Os conflitos que ocorrem na área de atuação desta agência, normalmente, envolvem licenciamento de empreendimentos de produção de energia, abrangendo desde aspectos ambientais e de proteção do usuário dos serviços de energia até processos de seleção do empreendedor mais capacitado a desenvolver o projeto. Muitas vezes, a solução consensual que se obtém neste último tipo de conflito é a realização de parcerias entre empresas concorrentes.

Uma das características do programa de mediação desta agência, que foi criado em 1999, é a utilização exclusivamente de mediadores que são parte do seu quadro de funcionários, situação que, segundo o entrevistado, é bem mais vantajosa do que a da maioria das agências, que, ao utilizarem mediadores externos (normalmente pagos por elas e não pelos cidadãos ou entes privados), não conseguem formar um quadro especializado em seu tipo de conflito. O programa conta com sete mediadores devidamente capacitados.

O índice de obtenção de acordos quando se utiliza a mediação (que é voluntária) é de 80%, não havendo, porém, monitoramento do cumprimento destes acordos.

Durante as sessões de mediação, a maioria dos entes envolvidos comparece acompanhada de seus advogados. Os mediadores, em geral, permitem aos advogados se manifestar em primeiro lugar, o que eles, em geral, fazem ressaltando unicamente aspectos legais e fatos já ocorridos, e passam, em seguida, a dialogar com as partes, focando em uma solução que atende aos seus interesses de curto e longo prazos. A realização de sessões individuais com as partes também é muito utilizada.

Segundo o entrevistado, um levantamento sobre o índice de satisfação das partes em processos em que se utilizou a mediação apontou 100% de satisfação com o processo e o resultado.

### **2.5.2 Órgãos estaduais**

Em nível estadual, a pesquisa incluiu programas de mediação na esfera administrativa em três Estados: Texas, Flórida e Califórnia, os quais passo a descrever.

### **2.5.2.1 Texas – Departamento de Processos Administrativos (State Office of Administrative Hearings – SOAH)**

Esta agência estadual, bastante comum nos Estados americanos (todos os Estados onde se desenvolveu pesquisa a possuem, por exemplo), funciona como órgão especializado em processar e julgar processos administrativos oriundos das demais agências, por razões de eficiência e imparcialidade. Sua existência, contudo, não significa que todas as agências a ela remetam seus processos. A sistemática aplicável está prevista na legislação de cada agência, a qual define se os processos serão ou não remetidos à SOAH, bem como quais os processos da agência o serão. As agências que não remetem ou não remetem a totalidade de seus processos à SOAH têm seus próprios departamentos que processam e julgam processos administrativos.

É preciso registrar, ainda, que as agências que remetem seus processos à SOAH podem ou não acatar as decisões lá proferidas. Embora, normalmente, as acatem, existe a possibilidade de que não o façam de forma justificada. As decisões da SOAH ou das próprias agências, contudo, são recorríveis para o Judiciário.

Segundo a juíza administrativa entrevistada, Renee Rusch, a utilização de mediação é possível em todos os processos que tramitam perante a SOAH, sendo, porém, voluntária. Quando indagada sobre o índice de utilização, esclareceu que a agência que mais utiliza a mediação, Medical Board (equivalente a um Conselho Regional de Medicina), faz isso em 30% dos casos.

As sessões de mediação são confidenciais e os mediadores são os próprios juízes administrativos. Todos eles receberam treinamento em mediação e atuam sempre em casos nos quais não serão os julgadores.

Uma observação espontânea importante feita pela entrevistada diz respeito ao gerenciamento conjunto de processos similares no âmbito da mesma agência pública, que são reunidos para realização de sessões de mediação consecutivas no mesmo dia ou em dias consecutivos, facilitando o comparecimento da parte que está envolvida em todos eles.



### 2.5.2.2 Flórida – Department of Environmental Protection

O Department of Environmental Protection da Flórida possui um programa de mediação voluntária em procedimentos administrativos que podem culminar com a aplicação de penalidades por infrações ambientais que não ultrapassem o valor de 10 mil dólares <sup>317</sup>.

O pagamento do mediador é feito pela própria agência ambiental, que tem um convênio com o Florida Conflict Resolution Consortium (FCRC), mediante o qual este programa indica os nomes de 5 ou 6 mediadores constantes de seu rol de mais de 100 mediadores aptos a atuar em conflitos ambientais e a agência, em conjunto com o cidadão ou ente privado, escolhe aquele que vai atuar no caso concreto. O convênio prevê um valor de honorários por hora para os mediadores e um número máximo de horas para cada caso.

Segundo o entrevistado, Thomas Taylor, Diretor do FCRC e supervisor deste convênio, eles recebem cerca de 12 a 15 solicitações por ano para indicar mediadores nestes casos. O índice de celebração de acordos durante a mediação gira em torno de 80%, sendo que alguns resultam em acordos mais tarde. Desde a existência do programa, que foi institucionalizado por lei em 2001, o índice geral de celebração de acordos por negociação direta entre as partes também aumentou muito, daí o pequeno número de casos remetidos à mediação.

Sobre o conteúdo dos acordos, em muitos deles ocorre uma compensação pela qual o infrator aceita obrigações adicionais com relação à proteção ambiental (não previstas na lei), em troca de mitigação ou não aplicação da penalidade; em outros, ocorre uma redução no valor ou parcelamento do valor da penalidade, sempre respeitados os mínimos legais.

Importa registrar que o projeto-piloto que acabou resultando na implementação deste programa, desenvolvido no início da década de 1990, foi o primeiro desta natureza no país (SIPE, 1998). O FCRC também participou do projeto-piloto, sendo a sessão de pré-mediação (na qual se explicam os princípios do processo) e a escolha dos mediadores por ele conduzida.

Um estudo realizado monitorando procedimentos instaurados entre julho de 1988 e junho de 1990 que resultaram em acordo no âmbito desta agência num prazo de cinco anos após a sua instauração revelou que, efetivamente, o índice de realização de acordos é maior quando se utiliza a mediação (SIPE, 1998).

---

<sup>317</sup> Para saber mais, consulte-se: <http://www.dep.state.fl.us/mainpage/CE/elra.htm>.

### **2.5.2.3 Califórnia – Office of Administrative Hearings (Departamento de Processos Administrativos)**

O Depto. de Processos Administrativos da Califórnia possui um programa geral de mediação, e outro de mediação para os processos envolvendo educação especial, processos que observam um procedimento especial desde a década de 1970 e que totalizam 2800 casos por ano.

Entrevistei a coordenadora do programa de mediação especial, a juíza administrativa Judith Kopec, que me relatou que os conflitos, normalmente, dizem respeito à elegibilidade de crianças e adolescentes para receber os serviços de educação especial ou ao tipo de serviço(s) que é(são) adequado(s) para cada estudante.

Em todos os procedimentos, segundo ela, é oferecida a oportunidade de mediação, que é aceita na maioria dos casos. A manutenção ou não da confidencialidade nas sessões fica a critério dos pais.

Os mediadores são os próprios juízes administrativos, que receberam treinamento em mediação, mas nunca o mesmo juiz que atuará como julgador caso a mediação não resulte em acordo (note-se que o julgamento é definitivo na esfera administrativa nestes casos). Também é oferecido periodicamente um treinamento específico (de 80 horas) para conflitos envolvendo educação especial.

Nos casos em que os cidadãos não possuem advogados (cerca de 25% do total), o mediador procura explicar detalhadamente o procedimento, extrair deles quais os fatos e preocupações relevantes e, caso necessário, fazer intervalos a fim de que eles possam melhor organizar suas ideias e argumentos.

De acordo com o último relatório trimestral (janeiro a março de 2010) fornecido pela entrevistada, em pouco mais de 20% dos casos, a reclamação foi retirada pelas partes, cerca de 23% foram resolvidos por mediação e, em cerca de 54%, dos casos, houve acordo sem a necessidade de utilizar a mediação. Apenas 3% dos casos foram a julgamento.

Existe também a possibilidade de os cidadãos optarem pela utilização da mediação como única alternativa, ou seja, não estão interessados em ir a julgamento se não houver acordo. Nestes casos, não é permitida a participação de advogados.

A entrevistada observou, por fim, que, na definição de educação especial para fins do procedimento especial existente, não entram os serviços prestados em caso de autismo ou retardamento mental, de responsabilidade de uma agência específica e processados no âmbito do regime de “jurisdição geral”.

Sobre os casos de “jurisdição geral”, ou seja, não ligados à educação especial, o Depto., que existe desde a década de 1960, administra processos oriundos de mais de mil agências estaduais e locais (a maioria delas), que totalizam cerca de 10 mil processos por ano. Algumas agências, contudo, têm seus próprios Departamentos, como a Ordem dos Advogados e os órgãos de previdência social. Também neste procedimento geral, a possibilidade de mediação é sempre oferecida, sendo que o índice de celebração de acordos (utilizando-se ou não a mediação) é superior a 70%. No que diz respeito ao julgamento proferido caso não haja acordo, note-se que nem todas as agências são obrigadas a acatá-lo (depende do que estipula a legislação de regência de cada uma delas) ou mesmo a comunicar que não o acataram – mas estima-se que, em geral, o julgamento seja respeitado.

## **2.6 Programas ou enfoques no âmbito do Ministério Público/Advocacia Pública (“Attorney-General’s Offices”)**

Nem todos os Estados (nem mesmo todos os três Estados visitados) possuem, no âmbito de suas “Procuradorias-Gerais”, programas que tenham institucionalizado internamente a utilização da mediação. Quando o possuem, normalmente, os programas são focados em áreas específicas, que podem variar desde conflitos na área de direito do consumidor, conflitos relacionados ao financiamento das atividades de produção rural, proteção do idoso, proteção da criança, proteção de pacientes internados em instituições para doentes mentais, até conflitos ambientais <sup>318</sup>.

Embora todos os programas monitorem o percentual de casos que resultam em acordo e que vão a julgamento, infelizmente, nenhum deles monitora o percentual de casos em que foi utilizada a mediação, a fim de se apurar se houve ou não maior índice de celebração de

---

<sup>318</sup> Uma descrição de alguns dos programas existentes nestes órgãos estaduais pode ser encontrada na obra “Attorneys General and new methods of dispute resolution”, publicada em 1990 pela American Bar Association (equivalente à nossa Ordem dos Advogados do Brasil) e pela National Association of Attorneys General.

acordos. Também inexistente monitoramento do índice de cumprimento de tais acordos, sejam resultantes ou não de mediação.

### **2.6.1 Texas**

O “Attorney General’s Office” do Estado do Texas não possui programa específico de mediação, nem uma coordenação-geral de meios apropriados de resolução de disputas, mas utiliza a mediação, com grande frequência, na esfera judicial. O entrevistado, Anthony Benedict, Assistant Attorney General, atua na área de Direito Administrativo e Ambiental.

Os integrantes da instituição são encarregados de representar o Estado do Texas em toda a esfera contenciosa, mesmo no caso das agências que possuem Departamentos Jurídicos (estes, quando existentes, atuam somente em procedimentos administrativos).

Os mediadores utilizados, nos casos envolvendo o Estado do Texas, já foram escolhidos no mercado privado anteriormente, mas atualmente costumam ser integrantes dos “Dispute Resolution Centers” (DRCs), entidades sem fins lucrativos que prestam serviços de mediação para pessoas carentes, mas também para órgãos públicos e para o Poder Judiciário. A razão da mudança está ligada ao fato de os valores cobrados nos DRCs serem inferiores ao mercado privado. Os custos da mediação são rateados entre as partes.

O índice de celebração de acordos nos casos em que a mediação é utilizada, segundo o entrevistado, é de 50%. Entretanto, 95% dos casos envolvendo o Estado do Texas acabam resultando em acordo, sendo, na maioria das vezes, utilizada simplesmente a negociação direta entre as partes. Observe-se que, segundo o entrevistado, os honorários sucumbenciais são destinados em parte à instituição e em parte aos cofres do Estado, de modo que não há desincentivo econômico para os integrantes da instituição celebrarem acordos.

O procedimento para celebração de acordos, segundo ele, envolve quatro etapas: a) decisão no âmbito do Attorney General’s Office; b) concordância da agência que é parte no processo; c) publicação do acordo em Diário Oficial para manifestações de terceiros; d) homologação pelo juízo (conforme estabelecido no Texas Administrative Code, Chapter 7, item 7.1.01 e seguintes).

Sobre as dificuldades existentes para utilização da mediação, o entrevistado aponta: a) recusa da parte contrária; b) custos do processo de mediação. Sobre as vantagens, na visão do

entrevistado, o processo é útil para perceber a postura do mediador e refletir então sobre os pontos fracos e fortes do caso, de maneira que, algumas vezes, até acaba ocorrendo a celebração de um acordo posteriormente.

### **2.6.2 Flórida**

O “Attorney General’s Office” no Estado da Flórida não conta com uma Coordenação-Geral, mas oferece programas que utilizam meios apropriados de resolução de disputas em conflitos envolvendo aquisição de veículos.

O primeiro se denomina “Lemon Law Arbitration Program” e, segundo foi informado por sua Diretora, Janet Smith, existem programas semelhantes em 13 Estados nos EUA, mas o maior é o da Flórida. As “Lemon Laws” são leis que dispõem sobre veículos adquiridos com defeitos, que são os “limões” objeto deste tipo de litígio.

Por meio deste programa, é oferecida, desde 1987, aos consumidores envolvidos em conflitos com fabricantes de veículos a arbitragem obrigatória do conflito. O programa oferece treinamento aos árbitros, paga o valor estipulado pelos seus serviços (que é bastante módico, de 75 dólares por caso, apenas se houver audiência ou julgamento) e fornece também o espaço para a realização de audiências, além de reembolsar eventuais despesas de viagem. Existe um cadastro de 80 árbitros, que possuem um ano de mandato, renovável, sendo que costuma haver concorrência para ingressar no rol. Em cada caso concreto, o Procurador-Geral nomeia um tribunal composto por três árbitros, sendo que ao menos um deles deve ser conhecedor de mecânica de automóveis. Observe-se que a legislação existente a respeito já estipula critérios bastante claros e objetivos para o cálculo do valor de eventual reembolso ou substituição do veículo, de modo que o principal objeto da controvérsia é verificar se o veículo efetivamente possui um defeito de responsabilidade do fabricante, apresentado durante o período de garantia.

Segundo a Diretora, 60% dos casos resultam em acordo, antes ou durante a primeira audiência, que costuma durar entre 2 a 4 horas. Se houver julgamento, estes são recorríveis para o Judiciário, mas é pouquíssimo comum, segundo a entrevistada, que haja recurso.

Note-se que, caso exista um programa de “resolução de disputas” oferecido pelo fabricante e certificado pelo “Florida Department of Agriculture and Consumer Services”, o

consumidor deverá obrigatoriamente utilizar o programa em questão e, somente caso não seja obtida uma solução com a qual ele concorde, deverá procurar o programa de arbitragem oferecido pelo “Attorney General’s Office”.

O programa é também uma alternativa para os compradores de veículos que no Brasil são conhecidos como “trailers” e que a legislação da Flórida denomina de “recreational vehicles”. Neste caso, o Attorney General’s Office certifica programas de mediação e arbitragem oferecidos por entidades sem fins lucrativos que atuem com esse tipo de conflito. Se não houver programa deste tipo (voltado apenas para “recreational vehicles” e devidamente certificado) disponível na região de domicílio do consumidor, então ele deve usar o programa geral (Lemon Law Arbitration Program).

Para viabilizar o funcionamento do programa, a legislação do Estado exige que seja fornecida ao consumidor no ato da compra uma cartilha onde são explicados todos os direitos relacionados à garantia e os mecanismos de resolução de conflitos correspondentes.

O programa costumava receber 1200 casos por ano no passado, mas passou a receber cerca de 800 por ano após o início da crise econômica. As receitas para o seu financiamento, que provêm de um tributo cobrado na aquisição de veículos novos, caíram em proporção ainda maior.

Trata-se, sem dúvida, de um modelo interessante para conflitos na área de consumo, que poderia ser construído, no Brasil, no âmbito dos PROCONs, seja diretamente, seja mediante prestação de serviços por entidades sem fins lucrativos devidamente certificadas. Embora o Ministério Público Estadual também detenha competência na área, é de se observar que existem muitas outras matérias de primeira necessidade que possivelmente demandariam um programa de resolução apropriada de disputas antes da criação de um programa envolvendo veículos.

### **2.6.3 Oregon**

O “Attorney General’s Office” do Estado de Oregon, o qual é encarregado de representar em juízo e prestar consultoria jurídica a todas as agências do Estado, possui uma coordenação de “Meios apropriados de resolução de disputas” que, muito mais que coordenar a utilização de mediação, conciliação ou outros meios para resolver conflitos que são objeto

dos processos judiciais nos quais uma das partes é o Estado, coordena a utilização destes meios por todas as agências estaduais.

Este fato não significa, porém, que tais agências não detenham autonomia para decidir quando e como utilizar tais meios, mas sim que o coordenador de tal programa, Mike Niemeyer, nosso entrevistado, conhece e troca informações entre os diversos programas, bem como propicia treinamento e assistência para estruturarem seus próprios sistemas a todas as agências interessadas. Segundo ele, muito embora nem todas as agências possuam um sistema estruturado de utilização de mediação e instrumentos afins, a maioria das agências os utiliza, ainda que numa base casuística. No relatório atualizado que me foi por ele fornecido, foi possível verificar que o Estado de Oregon, por meio de suas agências, oferece uma série de programas, dos quais destaco: mediação comunitária; mediação de conflitos de consumidores; mediação na área penal (justiça restaurativa); mediação de conflitos trabalhistas; mediação de conflitos envolvendo custódia e visita de crianças; mediação de conflitos de toda natureza no meio rural; mediação de conflitos relacionados à construção civil (entre proprietários de residências e seus construtores); mediação de conflitos envolvendo valor de propriedades desapropriadas pelo Departamento de Transportes; mediação de conflitos oriundos de reclamações de usuários de serviços prestados por membros de profissões regulamentadas; mediação de conflitos envolvendo usuários de serviços regulados e os entes privados que os prestam; mediação de conflitos envolvendo parentes adotivos e biológicos acerca da possibilidade de convívio destes últimos com a criança; mediação de conflitos envolvendo serviços de educação especial (desde 1983); mediação de conflitos no local de trabalho; mediação de conflitos envolvendo discriminação ilegal no ambiente de trabalho; mediação de conflitos de natureza securitária ou previdenciária; mediação de conflitos relativos ao uso do solo; mediação de conflitos entre usuários e prestadores de serviços de utilidade pública (água, energia, comunicações), entre outros. Em todos eles, o índice de sucesso na realização de acordos utilizando a mediação é bastante alto.

O Departamento de Justiça, onde se situa o “Attorney General’s Office”, mantém um cadastro de 70 mediadores que apresentam qualificação mínima necessária e possuem contrato com o Estado estipulando o valor da hora pelos seus serviços, os quais podem ser utilizados por todas as agências do Estado. Todavia, algumas das agências que mantêm seus próprios programas de mediação têm também um quadro próprio de mediadores, alguns

inclusive fazendo parte de seu quadro de funcionários. O pagamento da remuneração dos mediadores, ainda quando contratados no mercado, é sempre feito pelas próprias agências.

O Departamento de Processos Administrativos do Estado não oferece a possibilidade de mediação às partes nos processos que lhe são remetidos.

No âmbito dos processos judiciais que envolvem o Estado de Oregon, é fundamental na celebração de acordos a atuação do Departamento de Avaliação de Riscos (situado dentro do Departamento de Justiça), o qual, sempre que verifica que a reclamação ou alegações apresentadas pelo particular possuem alguma legitimidade, tenta obter um acordo primeiro por negociação direta e, em seguida, utilizando-se de mediação, caso a negociação tenha sido infrutífera. Esta atuação faz com que apenas 2% dos litígios envolvendo o Estado cheguem a ir a julgamento. Os critérios para celebrar ou não acordos são definidos por este Depto., ouvindo-se eventualmente os Procuradores do caso. Uma das circunstâncias que pode evitar a celebração de acordos é o objetivo de evitar um mau precedente ou evitar novos processos judiciais.

Registre-se, por fim, que o Departamento de Justiça também assessora as diversas agências estaduais que desejem organizar um processo de “construção de consenso” ou de “governança colaborativa”, seja no licenciamento de empreendimentos polêmicos, seja na elaboração de um novo regulamento administrativo, seja ainda no planejamento de atividades que envolvem várias agências e/ou esferas de governo.

A legislação do Estado, conforme consta no relatório fornecido por Mike Niemeyer, é bastante clara ao prescrever a utilização de meios que previnam e solucionem conflitos de forma, simultaneamente, mais eficiente (com economia de tempo e recursos financeiros) e mais adequada (isto é, a solução que melhor atenda aos interesses de toda a coletividade).

#### **2.6.4 Washington**

No Estado de Washington, entrevistei dois Procuradores que atuam na Divisão de Responsabilidade Civil do Estado, Newell Smith e Michael Nicefaro Jr., este último “Senior Counsel”.

Nesta área, eles descreveram que todo pedido de indenização contra o Estado passa por um procedimento administrativo simplificado (não instaurado formalmente perante o



Departamento de Processos Administrativos – Office of Administrative Hearings), onde ocorre uma análise sumária sobre se existe procedência no pleito e, em caso positivo, busca-se uma solução consensual.

Não havendo acordo, cabe ao requerente ajuizar ação contra o Estado, o que levará o caso, tão logo ajuizado, a uma avaliação pelo Departamento de Gerenciamento de Riscos (que todas as agências possuem), em conjunto com os Procuradores que tenham experiência na área e com o Departamento de Gestão de Riscos da agência encarregada da Administração Financeira do Estado (equivalente a uma Secretaria Estadual da Fazenda, no Brasil), levando em conta os seguintes critérios: a) pertinência do pleito; b) riscos de condenação em face de precedentes no Judiciário; c) custos envolvidos no processo; d) efeitos do precedente na atuação da agência (inclusive eventual efeito multiplicador de pleitos semelhantes). A decisão de firmar ou não acordo e em que termos deve ser tomada em conjunto por estas setores.

Tomando em consideração os processos judiciais na área, 13% vão a julgamento e 67% acabam resultando em desistência voluntária do autor, ao passo que, em 20%, ocorre a celebração de acordos.

A utilização da mediação é frequente, sendo mandatória na Justiça Federal e voluntária na Justiça Estadual. Os mediadores utilizados normalmente são escolhidos de comum acordo entre as partes, sendo que normalmente se prefere utilizar advogados em que ambos os lados depositam confiança. Se as partes não chegam a um acordo, o juiz escolhe o mediador.

No que diz respeito aos trabalhos de mediação propriamente ditos, foi narrado espontaneamente pelos entrevistados que, no âmbito judicial, quase não se utilizam mais sessões conjuntas, pois muitos mediadores entendem que isso acabaria polarizando as partes ainda mais.

## **2.7 Outros centros situados em Universidades**

Em alguns Estados, muito embora não exista um centro designado oficialmente como órgão encarregado da difusão ou da prestação de serviços de mediação de conflitos que envolvam entes públicos, alguns programas criados em Universidades acabaram desempenhando historicamente este papel.

É o caso dos centros situadas nas universidades estaduais de Virgínia e de New Jersey, que passo a descrever com base nas informações obtidas em entrevistas com seus Diretores, todos eles atuando em tais centros desde a sua fundação.

### **2.7.1 Institute for Environmental Negotiation (University of Virginia)**

O centro criado na Universidade de Virginia em 1980 foi o primeiro centro estadual de mediação surgido nos EUA (WHITE, 2009, p. 25).

Ele não atua em resolução de disputas envolvendo políticas públicas, mas sim em processos de governança colaborativa, não apenas na área ambiental, como sugere o nome, mas também em outras de interesse social ou econômico.

Segundo seu Diretor, Franklin Dukes, que foi o entrevistado, no que diz respeito a treinamentos, o centro somente realiza oficinas anuais para membros de agências públicas e entidades parceiras e, quanto à pesquisa, esta é desenvolvida por vezes no seio de alguns projetos, resultando em publicações dos estudos realizados.

O centro não recebe recursos orçamentários, mas é mantido integralmente com doações (em especial de fundações) e receitas decorrentes dos serviços prestados.

No que concerne à facilitação de processos de governança colaborativa, os facilitadores podem tanto ser membros da equipe quanto mediadores externos parceiros do programa. A identificação dos grupos que devem participar de cada processo é feita na fase inicial de estudo e análise do contexto. Caso se identifique um considerável desequilíbrio no poder entre as partes, o mediador pode e deve ajudar qualquer grupo que necessite ou sugerir que ele busque ajuda de um facilitador externo. Quanto à publicidade das reuniões nestes processos, elas nem sempre são abertas nos processos em que o centro atua, mas a opinião do entrevistado é que elas deveriam sê-lo sempre, para evitar discussões sobre transparência do processo (muitos questionamentos se baseiam unicamente neste aspecto).

### **2.7.2 Center for Negotiation and Conflict Resolution (Rutgers, the State University of New Jersey – campus New Brunswick)**

O centro em questão foi criado no início da década de 1980 e sua atuação envolve treinamentos, pesquisa e prestação de serviços em meios apropriados de resolução de disputas em geral, não apenas na esfera pública.

No âmbito do ensino, o centro coordena um programa de especialização e ministra diversos treinamentos para agências públicas e entidades não-governamentais (que atuam com mediação comunitária, por exemplo).

No que diz respeito à pesquisa, produz artigos sobre temas pouco explorados, dirigidos mais à comunidade profissional que acadêmica.

No que tange à prestação de serviços, o centro, além de utilizar seus dois Diretores que atuam como mediadores, conta também com a colaboração de especialistas de outros Departamentos da Universidade para realizar estudos técnicos, bem como com um rol de mediadores especializados em diferentes áreas. É comum que o centro seja contratado para casos de grande complexidade, inclusive conflitos que envolvem políticas públicas, o que já ocorreu inclusive em processos judiciais (num conflito ambiental em Porto Rico), como relatou a Diretora Linda Stamato.

Sobre a mediação de conflitos envolvendo o Poder Público, para o Diretor Sanford Jaffe, existe muito menos resistência dos advogados nesta área; as maiores resistências provêm, em realidade, das agências públicas.

Suas receitas advêm de recursos orçamentários, patrocínio de fundações e receitas decorrentes dos serviços e treinamentos realizados.

## **2.8 Organizações não-governamentais**

O terceiro setor nos EUA, tal como em outros temas, teve e ainda tem um papel fundamental no desenvolvimento dos meios consensuais de solução de controvérsias, sejam elas conflitos que envolvem pessoas carentes, sejam elas conflitos que envolvem entes públicos, em especial quando estes possuem dimensão coletiva. A pesquisa incluiu, portanto, três entidades de cada uma destas categorias.

### **2.8.1 Entidades que atuam em mediação comunitária e/ou judicial**

A grande característica dos programas de mediação comunitária é a resolução de conflitos que ainda não chegaram ou talvez não chegariam ao Poder Judiciário, mas que envolvem questões relevantes para as partes que, se não resolvidas, gerariam insatisfação no ambiente familiar, no convívio de vizinhança ou nas relações comerciais, a qual, muitas vezes, pode até mesmo culminar na prática de crimes.

As entidades que desenvolvem esse tipo de programa, conforme se pôde apurar, em geral, atuam também em programas de mediação judicial ou desenvolvem algum tipo de parceria com o Poder Judiciário ou mesmo o Poder Executivo. A pesquisa incluiu a entrevista de dirigentes de duas dessas entidades, a Safe Horizon, sediada no Município de Nova Iorque, com unidades no Brooklyn e em Manhattan, e o Dispute Resolution Center de Austin, Texas. Já o Collins Center, da Flórida, atua apenas com mediação judicial.

#### **2.8.1.1 Safe Horizon – Nova Iorque**

A Safe Horizon, segundo informou sua Diretora Michele Kirschbaum, foi fundada no início da década de 1980, e atualmente presta serviços e oferece treinamentos (todos remunerados) ao Poder Judiciário e ao Poder Executivo no Estado e no Município, em uma série de programas, envolvendo mediação escolar, mediação de conflitos envolvendo a educação especial, mediação na área penal, na área de família e na área de atos infracionais cometidos por adolescentes, além de solucionar conflitos nas comunidades em que atua.

Os mediadores são voluntários, que ali atuam em parte do seu tempo, bem como membros da equipe administrativa da entidade (remunerados), que atuam apenas em casos de grande complexidade, com fins pedagógicos ou na falta de um mediador voluntário. A única hipótese em que os mediadores externos são pagos é para supervisionar a atuação de novos mediadores.

Todos os mediadores devem ter recebido o treinamento básico de 40 horas em mediação e passado por um estágio de aprendizagem observando pelo menos 10 casos. Caso tenham recebido treinamento em outro programa, podem simplesmente passar por um teste

em que sua atuação num caso simulado é filmada. Nos dez casos seguintes, atuam como co-mediadores, ao lado de um mediador mais experiente.

Para aqueles que atuam em determinados programas, muitas vezes é necessário passar por algum treinamento específico, como a mediação de conflitos envolvendo guarda e visitas a menores.

Segundo a entrevistada, a mediação judicial no Estado de Nova Iorque é voluntária – os juízes não ordenam, mas sim sugerem às partes que utilizem a mediação. A oferta é feita, em geral, no início de um processo e na primeira audiência.

Uma das peculiaridades da entidade é que, se apenas uma das partes aceita utilizar a mediação, segundo ela, o programa designa um mediador para realizar a sessão com apenas esta parte, onde se realiza um aconselhamento de como negociar um acordo que solucione o problema. Muitas vezes, a outra parte acaba vindo também para uma sessão individual e, algumas vezes, acaba concordando com a sessão conjunta.

O índice de celebração de acordos nos casos em que ocorre a mediação é da ordem de 70%, com exceção dos casos envolvendo educação especial, em que é superior a 90%. Uma peculiaridade do programa de educação especial, segundo informado espontaneamente pela entrevistada, é que, a cada 6 semanas, os grupos interessados se reúnem para discutir especificamente o funcionamento dos processos de mediação.

No caso dos acordos firmados no curso de processos judiciais, eles se tornam automaticamente executáveis. No caso dos procedimentos envolvendo educação especial, a legislação sobre o assunto também estipula que os acordos firmados em procedimentos de mediação são executáveis.

Nos demais casos, em que o conflito é trazido por um membro da comunidade sem que o caso seja objeto de um processo judicial, o acordo não é enviado ao Judiciário para homologação.

A entidade monitora o cumprimento dos acordos celebrados em conflitos criminais, mas não nos conflitos civis. Quanto aos conflitos no âmbito da mediação comunitária (que não originam processos judiciais), a entidade, de acordo com as regras estabelecidas pela fundação que patrocina o programa, monitora 18 casos por mês.

No caso de descumprimento, se o conflito foi objeto de um processo judicial, a entidade remete a parte prejudicada ao Judiciário para requerer a execução. Na hipótese de conflitos no âmbito do programa de mediação comunitária, eles chamam a outra parte para buscar uma nova solução consensual.

A maioria das partes não tem advogados nos conflitos tratados pelo programa de mediação comunitária.

No que diz respeito à avaliação da satisfação das partes, que é respondida pela maioria delas, a administração as examina principalmente com vistas a supervisionar a atuação dos mediadores e identificar eventuais problemas ou deficiências.

#### **2.8.1.2 Centro de Resolução de Disputas (Dispute Resolution Center) – Austin, Texas**

Este Centro de Resolução de Disputas, criado em 1983, é um dos 19 que existem em todo o Texas, dos quais 10 são mantidos por entidades sem fins lucrativos e 9 são mantidos por órgãos públicos locais (geralmente, dos condados) ou por unidades da Ordem dos Advogados (Bar Associations).

Entrevistei a Diretora executiva do Centro de Austin, Kris Donley, que atua nele desde a sua criação, que foi uma iniciativa da Comissão de Jovens Advogados da Ordem dos Advogados do Texas na época.

O centro atua em várias frentes: a) mediação comunitária; b) mediação de casos enviados pelo Judiciário (tanto conflitos civis quanto casos de prática de ato infracional por adolescente); c) mediação de processos administrativos enviados por agências públicas (o “Comptroller’s Office”, equivalente à Receita Estadual, envia seus processos para este centro, por exemplo, e celebra acordos em mais da metade dos casos); d) processos de facilitação de diálogos envolvendo políticas públicas.

O índice geral de acordos fica em torno de dois terços das sessões de mediação, sendo estas confidenciais mesmo nos casos envolvendo órgãos públicos.

Os mediadores são voluntários devidamente treinados em mediação. O programa tem uma equipe administrativa de 6 pessoas, sendo sua estrutura mantida com as custas cobradas na mediação.

Os custos da mediação são pagos pelas partes, sendo porém bastante inferior (pouco mais que 20% do valor) nos casos de mediação comunitária, em comparação com os conflitos civis.

As sessões de mediação duram cerca de 4 horas.

Sobre a participação de advogados, nos casos de mediação comunitária, esta inexistente, sendo comum porém nos conflitos civis – e nem sempre positiva. A estratégia adotada pelo centro é sempre ter uma sessão de pré-mediação separadamente com os advogados, primeiro, antes de realizá-la com as partes.

### **2.8.1.3 Collins Center – Flórida**

O Collins Center, ONG criada em 1988 e cujo nome homenageia o ex-governador da Flórida LeRoy Collins, atua em vários temas relacionados a políticas públicas, como proteção ambiental, moradia, saúde e desenvolvimento comunitário.

Alguns de seus projetos trabalham com mediação, tal como o já encerrado a respeito do pagamento de indenização pelas seguradoras aos proprietários de casas atingidas por furacões de 2004 a 2008, que atendeu 25 mil casos em todo o Estado da Flórida.

Atualmente, a entidade foi selecionada pelo Judiciário estadual, através de licitação, para implementar, em três unidades jurisdicionais de primeira instância, o programa de mediação entre os residentes em casas financiadas e as instituições financeiras que os financiaram, em virtude da crise de inadimplência que assolou o país e fez o valor das propriedades cair a um terço do valor original, em média, na Flórida.

O programa está em funcionamento desde abril de 2009 e tem um escritório em Miami destinado unicamente a administrá-lo e funcionar como espaço para as audiências. Quem me concedeu a entrevista foi a gerente deste programa, Connie Doumenis.

O escritório do programa recebe todos os processos ajuizados envolvendo cobrança de dívidas em financiamentos imobiliários em que o imóvel é aquele em que reside o devedor nas jurisdições em que o Collins Centers foi contratado pelo Judiciário; os processos são suspensos e remetidos à mediação.

As sessões de mediação, sempre confidenciais, costumam ser realizadas presencialmente entre o devedor (que normalmente não tem advogado), o mediador atuante no caso e o advogado da instituição financeira credora, sendo esta contatada por telefone durante a sessão. É muito comum que o mediador converse em particular com cada uma das partes durante o processo. O número de sessões em cada caso costuma variar entre uma ou duas, podendo porém chegar a 3. A duração delas pode variar de 15 minutos a 4 horas, mas em média duram em torno de 1,5 hora.

Os mediadores são pagos pelo programa (conforme o número de sessões realizadas) e selecionados em sistema de rodízio (dentre os mais de 300 que receberam o treinamento específico para atuar no programa), porém tendo em conta também os idiomas falados por cada um deles, já que os devedores, muitas vezes, são hispânicos e, se o mediador falar espanhol, o processo se torna mais produtivo. Quem paga todas as custas da mediação, que é obrigatória, são as instituições financeiras.

A entrevistada nos forneceu um gráfico onde consta o andamento de todos os casos recebidos pelo programa entre abril de 2009 e fevereiro de 2010. Dentre os 32087 casos recebidos, em 12383 deles, o programa não conseguiu contatar o devedor (muitos deles, segundo a entrevistada, abandonaram os imóveis e desapareceram), em 2239 o devedor recusou a mediação, enquanto em 274 casos foi constatado que o caso era inelegível para o programa, em 275 o devedor não compareceu em 85 a instituição não compareceu. Houve acordos em 881 deles durante sessões de mediação e em 74 deles num prazo de até 5 dias após, sendo que em 606 casos houve acordo antes mesmo da primeira sessão de mediação. Em 1545 casos, houve um acordo parcial e em 1606 casos houve impasse. Os demais estavam em andamento. Nota-se, assim, que, quando realizadas as sessões de mediação, em quase 60% dos casos, ocorre um acordo, ainda que, destes, cerca de 60% sejam parciais.

Quanto ao conteúdo dos acordos, a entrevistada nos informou que estes costumam seguir as diretrizes de um plano elaborado pela Presidência da República para renegociação destes contratos. Um dos fatores que impossibilita, algumas vezes, a realização do acordo é o fato de que o devedor não possui qualquer renda.

Não havendo acordo, os casos são devolvidos ao Judiciário para prosseguimento.



## **2.8.2 Entidades que atuam em processos decisórios colaborativos e/ou de democracia participativa**

Além das entidades não-governamentais cujo foco é utilizar a mediação para resolver conflitos envolvendo pessoas carentes ou conflitos individuais que afetam entes públicos, existem aquelas que se especializaram em desenvolver e aplicar os meios consensuais na solução e prevenção de conflitos de dimensão coletiva, algumas vezes em processos que implicam nada mais que o emprego eficaz de mecanismos viabilizadores da democracia participativa. Passo a descrever os programas que foram incluídos na pesquisa realizada.

### **2.8.2.1 Consensus-Building Institute – Massachusetts**

Este instituto constitui o sucessor de um programa de gestão de conflitos públicos que funcionava junto ao Massachusetts Institute of Technology (MIT), renomada universidade pública situada em Cambridge (região metropolitana de Boston). A iniciativa de sua criação foi motivada pela necessidade de dar mais flexibilidade ao programa, que hoje, segundo o entrevistado, o mediador e facilitador David Kovick, possui uma atuação bastante desenvolvida em nível internacional.

No que diz respeito ao processo de identificação dos grupos interessados ou afetados num processo decisório colaborativo, o entrevistado afirmou que, quando a equipe de cada projeto encontra resistência por parte do patrocinador do processo em incluir algum grupo afetado ou interessado, o conselho dado pela equipe é de sempre procurar incluí-los, ainda que isso torne o processo mais lento, para construir um processo consistente e assim evitar problemas e questionamentos futuros. A argumentação é mais simples quando o grupo que se pretende excluir tem a possibilidade de eventualmente atuar como obstáculo para alcançar os objetivos que venham a ser estabelecidos pelo grupo como um todo. No caso de grupos que não têm esse poder, mas podem ser afetados, a importância de incluí-los, conforme argumenta a equipe, pode residir em pressões provenientes da mídia, por exemplo. Algumas vezes, inclusive, o ideal seria incluir grupos que são indiretamente afetados na mesa, mas, se isso não for feito, é preciso estruturar o processo de forma a não descuidar dos seus interesses. Por último, uma observação espontânea feita pelo entrevistado diz respeito à necessidade de

delimitar bem cada grupo de interesses, não tentando tratar como grupo homogêneo uma coletividade que, muitas vezes, abriga subgrupos com interesses bastante distintos.

Um outro ponto fundamental em que algumas vezes é necessário negociar com o patrocinador do processo diz respeito a pressões excessivas quanto ao tempo de duração dos trabalhos. Ele aponta três possíveis alternativas, nesta hipótese: a) explicar ao cliente as razões pelas quais mais tempo será necessário para desenvolver um processo consistente; b) buscar reduzir o escopo dos trabalhos, de maneira que fique viável no prazo proposto; c) caso não se chegue a um acordo, recusar o trabalho em razão de sua inviabilidade. O ideal, aliás, como o entrevistado observou espontaneamente, é somente definir o prazo de duração do processo colaborativo ao final da fase inicial de análise do contexto, após consideradas as necessidades de todos os grupos envolvidos. Levar em conta apenas as necessidades temporais do patrocinador pode inclusive comprometer a credibilidade do mediador junto aos diferentes grupos.

Se os grupos não estão organizados, segundo ele, é do interesse do patrocinador do processo providenciar para que se organizem, seja utilizando alguém da própria equipe de facilitadores (quando existe confiança suficiente pra isso), seja algum facilitador externo. É fundamental não apenas ajudar os grupos a se organizar para escolherem um representante capacitado e para identificarem seus próprios interesses e prioridades, mas também assegurar que esse representante se comunique efetivamente com o grupo representado durante o processo. Normalmente, o patrocinador costuma entender essa necessidade e arcar com os custos daí decorrentes, a fim de viabilizar o processo.

No que diz respeito a estudos técnicos relevantes durante o processo, um cuidado fundamental, segundo ele, é separar efetivamente o que é questão técnica do que é análise valorativa. Não se pode pedir aos especialistas que tomem decisões baseadas em valores que devem ser discutidas pelo grupo todo. Muitas vezes, tudo que se deve pedir aos especialistas é o esclarecimento de aspectos fáticos, depois de se perceber que boa parte dos desentendimentos entre as partes se devia a que cada um dos lados atuava com base num quadro fático bem distinto – para ao final se concluir, algumas vezes, que todos estavam errados e que o simples esclarecimento dos fatos já viabiliza o acordo.

Sobre a necessidade de monitoramento e estabelecimento de penalidades para o caso de descumprimento do acordo, o entrevistado esclareceu que, em qualquer processo bem

estruturado, já deve estar prevista a fase final de discussão sobre os mecanismos de garantia de cumprimento do pactuado. A necessidade de tais mecanismos, sustenta ele, é tanto maior quanto menor a confiança entre as partes. Muito embora a confiança possa ter aumentado durante o processo, nem sempre as partes já saem dele preparadas para desenvolver diálogos produtivos visando resolver quaisquer pendências futuras.

### **2.8.2.2 Community Focus – Califórnia**

A ONG em questão, criada em 1990, atua especificamente em processos de democracia participativa, onde se busca o envolvimento de cidadãos em processos decisórios e de implementação de políticas públicas.

Entrevistei Malka Koppell, uma das fundadoras da entidade, que descreveu, graças a sua vasta experiência na área, as vantagens e riscos das ferramentas com esta finalidade que já utilizou.

Um primeiro instrumento necessário nestes processos, segundo ela, são campanhas na mídia, destinadas a informar a população das oportunidades de participação existentes. Quando a população interessada estiver bem delimitada, órgãos governamentais com acesso aos endereços das pessoas podem ter papel fundamental enviando correspondências.

Muitas informações relevantes também podem ser veiculadas em sítios eletrônicos, bem como através da participação em reuniões de entes públicos ou entidades sem fins lucrativos.

Com estas últimas, segundo ela, é preciso ter alguma cautela, pois nem sempre elas são muito representativas, podendo inclusive funcionar como barreira para alcançar as pessoas representadas, em algumas situações.

Um dos grandes desafios, na opinião dela, é motivar as pessoas a participar nestes processos. Neste aspecto, é fundamental dar aos participantes informações sobre os resultados positivos do processo, pois, se isso não for feito, as pessoas tendem a ficar céticas ao longo do tempo.

Outro aspecto fundamental para fazer com que os processos funcionem é ter uma agenda clara, esclarecendo as pessoas desde o início que pontos serão tratados e o que será feito com as conclusões. Alguns processos, por exemplo, são desenhados apenas para levantar

informações das pessoas interessadas, ou sugestões de solução para algum problema, ou ainda tomar efetivamente decisões. O uso de facilitadores pode contribuir muito nestes processos, quando realizado em reuniões públicas ou oficinas.

Outra ferramenta muito utilizada são as pesquisas ou levantamentos de informações ou opiniões, seja pela internet, seja pessoalmente ou por correspondência. Nesse tipo de processo, contudo, o planejamento precisa ser muito bem feito, pois: a) pode ocorrer que as perguntas corretas, sobre questões mais relevantes na solução de um problema, não tenham sido feitas; b) em caso de questões de múltipla escolha, talvez as melhores alternativas não tenham sido incluídas; c) talvez as pessoas precisassem de mais informações ou esclarecimentos antes de responder.

Por fim, a lição mais importante que ela disse extrair de sua experiência é que muitas políticas públicas demandam envolvimento das pessoas não apenas na fase de planejar ou decidir as diretrizes fundamentais. Muitas requerem o envolvimento direto da comunidade na sua implementação, distribuindo-se tarefas efetivamente, para atingir os objetivos previamente definidos. Dois exemplos claros são os assuntos relacionados à educação ambiental ou à prevenção de problemas de saúde. Sem a colaboração e envolvimento direto da comunidade, nenhum projeto público nesta área consegue atingir seus objetivos.

### **2.8.2.3 Institute for Local Government – Califórnia**

Esta entidade é uma associação de todos os condados e Municípios da Califórnia, cuja missão é por ela definida como “promover uma gestão local na Califórnia que seja bem-informada, ética, inclusiva, eficiente e responsável mediante a utilização de recursos, ferramentas e programas inovadores.” Com este objetivo, a entidade assessora os governos locais em processos participativos de deliberação na esfera pública, bem assim contribui com as agências públicas locais interessadas em utilizar meios apropriados de resolução de controvérsias.

Para Terry Amsler, Diretor da entidade, existem três principais razões para utilizar processos participativos na esfera pública: 1) ganhar legitimidade para as decisões; 2) aumentar a eficiência das decisões; 3) desenvolver a confiança da população nos órgãos públicos.

O instituto em questão, segundo o entrevistado, desenvolve um trabalho predominantemente educativo entre os órgãos locais, mediante realização de conferências, oficinas de trabalho e publicações atinentes às suas áreas de atuação. A fim de avaliar o atingimento dos objetivos, nas oficinas pede-se uma avaliação dos participantes, o mesmo ocorrendo informalmente para as publicações.

Uma pesquisa realizada entre gestores públicos revelou, segundo ele, que o maior desafio nestes processos é evitar que eles se resumam a trazer sempre o mesmo grupo reduzido de pessoas (geralmente constituído de senhores idosos brancos e aposentados) – o que não é bem o objetivo de um processo democrático destinado a incluir o público em geral.

A resposta para isso, na opinião do entrevistado, é utilizar diferentes técnicas visando motivar diferentes pessoas a participar. O instituto desenvolveu um estudo, por exemplo, visando envolver comunidades de imigrantes nestes processos, tendo identificado as seguintes ferramentas para tal fim: 1) identificar os líderes em cada comunidade e dialogar com eles; 2) traduzir documentos relevantes para a língua nativa do grupo; 3) realizar reuniões na própria comunidade.

Também já desenvolveu uma proposta de mediação de conflitos entre entidades governamentais (estudo que resultou numa de suas publicações), bem assim um estudo sobre como equilibrar as exigências de publicidade envolvendo deliberações de órgãos públicos e as sessões privadas que eventualmente se realizam em processos de mediação envolvendo entes públicos. Ambos os temas foram tratados em capítulos anteriores.

## **2.9 Entidade profissional de mediadores de âmbito estadual**

Foi entrevistada, no Estado do Texas, Suzanne Schwartz, Diretora da “Texas Mediator Credentialling Association”, entidade de filiação voluntária dos profissionais em mediação no Estado, desde que preencham os requisitos por ela estabelecidos. A entidade organiza eventos voltados ao aprimoramento profissional e elenca seus afiliados em categorias de mediadores, conforme o grau de capacitação e experiência dos mesmos.

Segundo informado por ela, embora a maioria dos mediadores no Texas possuam o treinamento básico em mediação (para os que atuam em mediação judicial, o treinamento é obrigatório), a maioria deles não é filiada à entidade, que possui apenas 300 membros.

A entidade é a única no Estado a possuir regras de conduta e diretrizes éticas para mediadores, mas não adota um sistema institucionalizado de aplicação de penalidades. Ademais, a mais séria penalidade possível seria o descredenciamento, o que não teria muita utilidade, na opinião dela, em razão de ser este voluntário. Entretanto, não é comum receberem reclamações acerca de conduta de mediadores.

Indagada sobre a divulgação destas regras para os usuários de serviços de mediação, a entrevistada relatou que isto se dá por meio do *website*, campanhas e conversas com membros do Judiciário.

## **2.10 Entidade de representação de advogados de âmbito estadual**

Entrevistei Susan Schultz, Presidente da Comissão de Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias na Texas Bar Association, órgão equivalente às nossas Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil.

Um dos assuntos controvertidos na classe, segundo ela, diz respeito ao dever de os advogados explicarem sobre a opção da mediação para seus clientes – o que fica dificultado pelo fato de, muitas vezes, sequer eles próprios terem conhecimento suficiente.

Uma das questões que formulamos diz respeito ao percentual de advogados que fazem cursos sobre meios alternativos de resolução de controvérsias, ao que a entrevistada relatou que é bastante pequeno, muito embora a Comissão os ofereça regularmente.

Por outro lado, é bastante comum que alguns advogados optem por se tornar eles próprios mediadores, situação em que comumente adotam uma postura avaliadora, advertindo as partes sobre os possíveis resultados de um julgamento.

No que diz respeito à participação dos advogados na mediação, segundo ela, muitos deles assumem o papel principal, inclusive praticamente decidindo quando é ou não o caso de celebrar um acordo. Aliás, como ela pontuou, a cultura de celebração de acordos em processos judiciais é anterior à difusão da mediação no país.

Por fim, no que toca à utilização da mediação em procedimentos disciplinares instaurados perante a entidade, a entrevistada relatou que ela é utilizada na maioria dos casos e que, na maioria deles, chega-se a um acordo.

## **2.11 Ensino teórico e programa de estágio profissionalizante em mediação em Faculdade de Direito**

A Faculdade de Direito da Universidade do Texas conta com disciplina e prática de mediação, ambas podendo ser cursadas por seus alunos, sem caráter de obrigatoriedade. Entrevistei a professora responsável, Cynthia Bryant.

Na disciplina teórica, um máximo de 24 estudantes é admitido, sendo que são realizadas seis mediações simuladas ao longo do semestre.

Na prática, que existe desde 1995, um máximo de dez estudantes é admitido por semestre. Nesta, cada estudante atua em cinco a dez casos e assiste a pelo menos duas mediações. Das mediações em que ele atua, o estudante deve atuar em uma delas sozinho e deve co-mediador em duas delas. Quanto às demais, ele escolhe atuar sozinho ou co-mediador.

Registre-se que o curso de Direito, o qual somente pode ser cursado se o aluno tiver outra graduação nos EUA, tem duração de três anos e as disciplinas práticas somente podem ser cursadas no 2º. ou 3º. ano. O curso de Direito da Universidade do Texas oferece disciplinas práticas em 15 áreas diferentes, sendo a mediação uma delas. Os alunos podem cursar mais de uma disciplina prática, mas nenhuma delas é obrigatória e o aluno não é obrigado sequer a escolher uma dentre as 15. Registre-se, ainda, que, conforme informou a entrevistada, nos EUA não existe currículo mínimo dos cursos de Direito, mas apenas diretrizes e recomendações quanto a disciplinas que devem ser ofertadas, emanadas da Ordem dos Advogados naquele país.

A prática de mediação da Universidade do Texas recebe casos a ela referidos pelos Juizados de Pequenas Causas, dentre os quais os mais comuns são conflitos na área de consumo e acidentes de trânsito. O programa faz uma avaliação de satisfação dos usuários, que é respondida por cerca de 10% deles, versando sobre imparcialidade do mediador, se as pessoas se sentiram ouvidas e se recomendariam a outros a utilização de mediação para resolver seus conflitos. Na grande maioria dos casos, os usuários se revelam bastante satisfeitos. O programa não rastreia o percentual de acordos, por acreditar não ser este o único objetivo do processo, além do que alguns resultam em acordos posteriormente.

Existe também um projeto de que o programa passe a atuar em matéria de atos infracionais cometidos por adolescentes e também na área penal (mediação de crimes de pequeno potencial ofensivo).

## **2.12 Mediação de conflitos no local de trabalho**

Cabe acentuar, preliminarmente, que a existência de programas de mediação de conflitos relativos ao local de trabalho em agências públicas nos EUA, tal como ocorre com relação aos demais programas de mediação, é facultativa, isto é, não existe nenhuma obrigação legal de que as agências os instituam – de modo que o simples fato de existir um programa como esses em uma agência pública já pode ser considerado bastante positivo, mas fica a dúvida sobre se essa voluntariedade é mesmo o modelo mais adequado dentro do serviço público, que tem a obrigação de ser eficiente.

### **2.12.1 Departamento de Recursos Humanos da Universidade do Texas**

O sistema de administração de reclamações de empregados da Universidade do Texas no que diz respeito a condições de trabalho (salário, jornada ou quaisquer outros assuntos atinentes à relação entre supervisor e subordinado) compreende três sistemas: 1) o relativo à aplicação de penalidades disciplinares (inclusive demissão); 2) o relativo à alegações de discriminação ilegal; 3) o relativo a outros tipos de reclamações. No âmbito deste último, é oferecido um procedimento voluntário de mediação. A entrevistada foi Tracy Tarver, responsável pela coordenação do programa.

Segundo ela, cerca de 0,5% dos empregados da instituição já utilizaram o procedimento. Os conflitos costumam tratar de: a) carga de trabalho excessiva ou insuficiente; b) avaliações de desempenho que são questionadas; c) temperamento de supervisores que leva a abusos no tratamento de subordinados; d) empregados que se sentem isolados pela equipe ou chefia.

Muitas vezes, as partes que procuram o programa acabam não instaurando formalmente a mediação, mas utilizam-se de aconselhamento.



Nos casos em que efetivamente é utilizada a mediação, ocorre acordo em 70% deles, sendo que o conteúdo destes acordos costuma ser, entre outros: a) mudança nos processos de organização do trabalho; b) definição de que serão realizadas mais reuniões para melhorar a comunicação; c) mudanças de postura ou comportamento por parte de um ou ambos os lados.

Toda a documentação relativa ao procedimento de mediação é destruída após a conclusão, segundo a coordenadora, em razão da confidencialidade. Não existe nenhum monitoramento quanto ao cumprimento dos acordos.

O programa busca, a partir das reclamações mais comuns, identificar questões que poderão ser trabalhadas em treinamentos, porém estes são de participação voluntária.

Registre-se ainda que o programa, apesar de utilizar a mediação, tem um caráter bastante formalista para a sua instauração, exigindo que o pedido seja instaurado a contar de dez dias do incidente que deu origem ao conflito.

### **2.12.2 Banco Mundial**

O sistema de resolução de conflitos no local de trabalho do Banco Mundial, segundo o gerente de serviços de mediação, Camilo Azcarate, é uma das referências no país e tem uma grande relevância na organização, dado que esta, por contar com imunidade jurisdicional, não pode ser ré em processos judiciais, mas possui 14 mil empregados.

O sistema abrange cinco canais, com objetivos distintos, sendo o primeiro e mais utilizado o dos serviços de aconselhamento, que recebe cerca de 400 casos por ano. O segundo é a ouvidoria, coordenada por um ouvidor que tem mandato de cinco anos (permitida uma renovação), e que recebe 300 casos por ano. O terceiro é o setor coordenado pelo entrevistado, serviços de mediação, que processa cerca de 100 casos por ano. O quarto canal é o processo administrativo em que o conflito será decidido pelos pares, ou seja, por empregados do Banco Mundial, com base no bom senso que rege as relações dentro da organização, e que processa cerca de 30 casos por ano. Por fim, caso uma das partes não concorde com a decisão no processo administrativo proferida pelos pares, cabe recurso ao tribunal, composto de juízes que se dedicam unicamente a proferirem decisões finais relativas a este tipo de conflito. O Banco Mundial possui sete juízes no mundo com essa tarefa, os quais recebem cerca de 20 casos por ano para decidir.

No que tange à matéria mais comum nos conflitos mediados, o entrevistado relata que a grande maioria surge nas relações entre superiores e subordinados, havendo muitos problemas advindos de avaliações de desempenho, assédio moral, mudança de tarefas com exagerada frequência, tratamento inadequado, despedida que se alega ser abusiva, entre outros.

A mediação, porém, não é recomendada, segundo ele, se uma das partes não está de boa fé e está apenas manipulando o processo para fins escusos.

O índice de celebração de acordos é de 80% e o conteúdo destes envolve, desde acordos comportamentais (por exemplo, uma parte passar a responder as mensagens eletrônicas da outra, não falar com terceiros sobre problemas entre as partes), mudanças de linguagem ou mesmo de nota em avaliações de desempenho, até valor de indenizações caso se comprove que houve despedida abusiva. A grande maioria dos acordos é celebrada por escrito, sendo arquivada uma via nas pastas, junto com o acordo pelo qual se convencionou a utilização da mediação.

As sessões de mediação, todas confidenciais, duram, em média, 3,5 horas, sendo que cada caso tem em média 2 sessões. A duração do processo, em média, é de 2 meses, sendo gastas, em média, 24 horas de trabalho em cada caso. O Banco Mundial conta com 2 mediadores internos para atuarem nesses conflitos e uma série de mediadores externos para atuar em caso de necessidade.

Embora não exista monitoramento do cumprimento dos acordos, estes são executáveis pelo tribunal, caso descumpridos.

### **2.12.3 Agência Federal de Emergências (Federal Emergency Management Agency – FEMA)**

A Diretora do serviço de resolução de disputas no local de trabalho desta agência federal que atua na defesa civil, Cindy Mazur, coordena também o subgrupo de trabalho que atua com esta matéria no âmbito do Grupo de Trabalho Intergovernamental em nível federal. O programa foi oficialmente institucionalizado em 1999, após várias tentativas experimentais durante a década de 1990.

Uma interessante observação espontânea feita por ela logo no início da entrevista é de que, no passado, o programa buscava incentivar as pessoas a utilizarem a mediação, mesmo esta sendo voluntária. Com o passar do tempo, no entanto, percebeu-se que é melhor deixá-las à vontade, pois a tendência, no geral, é optar por sessões de aconselhamento individual – notadamente por receio de retaliações, já que o desequilíbrio de poder não é simples de ser trabalhado.

Metade dos conflitos, segundo ela, envolve reclamações de empregados contra seus superiores. Um assunto comum nos conflitos e de solução complexa envolve o assédio moral que provém de empregados com alto desempenho. Outra situação comum é o “pensamento de grupo”, que começa a isolar um empregado que teve problema com alguém do grupo que é visto como líder e pode influenciar ou manipular o grupo nesse sentido.

O programa da FEMA utiliza mediadores externos que atuam exclusivamente com esse tipo de conflito.

Entretanto, muitos outros programas, segundo ela, utilizam empregados que acumulam o trabalho de mediador com outras funções – prejudicando bastante a imparcialidade e a eficiência do trabalho. Outros programas ainda utilizam mediadores externos, mas ela entende que o ideal é ter uma equipe interna, que também pode realizar treinamentos e oficinas sobre os temas que mais geram conflito.

Ainda no que diz respeito a outros programas, relata a entrevistada que, em metade deles, a mediação é obrigatória se solicitada por uma das partes em conflito; na outra metade, é voluntária para ambos os lados.

#### **2.12.4 Organização das Nações Unidas**

O sistema de mediação de conflitos no local de trabalho da ONU, tal como o do Banco Mundial, possui várias instâncias de encaminhamento das disputas, começando pela Ouvidoria, que procura resolver as reclamações sem haver diálogo direto entre as partes, passando pela possibilidade de utilização da mediação (que é sempre voluntária) e chegando à possibilidade de utilização de um processo administrativo formal que compreende tribunais de primeira e segunda instâncias, cujos membros dedicam-se exclusivamente a processar e

julgar este tipo de conflito. O tribunal de primeira instância pode ser acessado seja quando o caso não é apropriado para a mediação, seja quando esta resultar infrutífera.

Segundo o entrevistado, o Diretor dos Serviços de Mediação, John Fields, nos casos em que se utiliza a mediação, o índice de acordos é de 70%.

A maioria dos empregados da organização prefere utilizar os serviços de mediação antes do processo administrativo formal, mas alguns casos acabam se revelando inapropriados.

A matéria envolvida nos conflitos, em geral, concerne a avaliações de desempenho, questionamento de critérios para promoção, e conflitos de relacionamento interpessoal.

O programa começou a operar em julho de 2009 e recebeu 40 casos desde então (a entrevista foi realizada em junho de 2010). Dado estar em uma fase inicial, ainda está sendo divulgado perante os funcionários, baseado na premissa de que o encaminhamento adequado dos conflitos oriundos no local de trabalho gerará um ambiente mais produtivo em toda a organização. Um número bem maior de casos é processado pelos 7 ouvidores regionais da ONU ao redor do mundo.

O programa se utiliza tanto de mediadores internos com dedicação integral (em número de 3) quanto de mediadores contratados, em especial para os escritórios da ONU em outros países.

As sessões de mediação, nas quais se assegura a confidencialidade, iniciam-se com conversas privadas entre os mediadores e cada uma das partes, seguidas de sessões conjuntas. O processo todo costuma demorar cerca de 3 meses e, nele, as partes são encorajadas a focarem em suas reais necessidades e desenvolverem possíveis opções de solução mirando no futuro. A discussão não é focada apenas em aspectos normativos, mas na solução do problema.

O acordo resultante do processo de mediação costuma ter como conteúdo mudanças de postura ou comportamento, compromissos de aprimorar o respeito e a comunicação entre as partes. Ele é celebrado por escrito e executável perante o tribunal administrativo de primeira instância. Ao assiná-lo, as partes renunciam ao direito de discutir as questões de mérito perante o tribunal.

### **2.12.5 Departamento de Processos Administrativos do Município de Nova Iorque**

O programa de mediação de disputas relacionadas ao local de trabalho do Depto. de Processos Administrativos do Município de Nova Iorque foi criado em 2003 e presta serviços a todas as agências públicas locais (que possuem um total de 330 mil funcionários), com exceção do Departamento de Polícia, que tem seu próprio programa.

Segundo o supervisor do programa, Raymond Kramer, o processo se inicia de forma voluntária e se destina a resolver três tipos de conflitos: a) processos disciplinares; b) conflitos relativos ao local de trabalho que não cheguem a resultar em processo disciplinar; c) conflitos originados do Depto. de Equalização de Oportunidades no Local de Trabalho em que se verifique que não houve efetivamente discriminação ilegal, e sim outro tipo de conflito.

O entrevistado informou que o programa recebe, em média, 55 casos por ano, sendo que 43 acabam resultando em realização de mediações e, destes, cerca de 32 casos (74,4%) resultam na celebração de um acordo.

Os mediadores podem ser membros da equipe do Depto. (em número de 3) ou mediadores externos contratados conforme a necessidade, sendo que em cada caso atuam um ou dois mediadores. Um dos co-mediadores pode ser um estudante da New York University, que tem um convênio com o programa a fim de que seus alunos possam ali realizar estágio em mediação.

Na maioria dos casos, ocorre apenas uma sessão de mediação (com duração de 3 a 4 horas), sendo que, algumas vezes, ocorre uma segunda. A filosofia do processo é levar as pessoas a pensar nas razões reais do conflito e o papel de cada uma em seu surgimento, a fim de mudar as posturas para permitir uma solução.

O programa pede às partes que realizem uma avaliação ao final da mediação (independentemente de ter havido acordo), indagando da satisfação delas com o processo e se elas recomendariam a utilização da mediação – a taxa de satisfação é da ordem de 80%.

O programa é o único dentre aqueles que foram objeto de nossa pesquisa em que se realiza também uma pesquisa 6 meses após o encerramento do processo, na qual se indaga das partes quais foram os resultados da mediação para o seu relacionamento – o índice de satisfação também gira em torno de 80%.

Além de oferecer a mediação, o programa também realiza treinamentos em gestão de conflitos para as agências locais, em especial para os seus gestores, bem como presta consultoria para as agências e desenvolve facilitação de diálogos em grupo.

### **2.13 Análise geral sobre traços comuns, oportunidades de aprimoramento e comparação com a situação brasileira**

A conclusão desta pesquisa de campo não poderia deixar de contemplar a identificação das principais características, pontos fortes e limitações percebidas nos programas pesquisados, bem como as lições que se pode extrair de seu funcionamento para aplicação à realidade brasileira. Como a pesquisa incluiu programas de diversas naturezas, a análise se dividirá em quatro categorias:

- a) programas de mediação na esfera judicial;
- b) programas de mediação na esfera administrativa;
- c) programas de facilitação de conflitos envolvendo políticas públicas;
- d) programas de mediação de conflitos no local de trabalho.

#### **2.13.1 Programas de mediação na esfera judicial**

Uma característica que não pode deixar de ser salientada em relação ao desenvolvimento da mediação nos EUA é a de que esta é antecedida pela cultura da conciliação, inclusive no que se refere aos processos que envolvem o Poder Público – o que a diferencia de forma significativa da situação que se verifica no Brasil. Nos EUA, como se sabe, a possibilidade de transação sempre existiu e foi muito utilizada, inclusive no processo penal (para crimes menos graves, evidentemente), ao passo que, no Brasil, somente se pode dizer que esta prática sempre existiu no processo do trabalho, no qual desde sempre se incentivou e se praticou de forma bastante significativa a conciliação. Em outras searas, começou a surgir de forma mais significativa com a Lei dos Juizados de Pequenas Causas, em 1984, depois com a Lei dos Juizados Especiais Estaduais, em 1995, que a estendeu para os crimes de menor potencial ofensivo, e finalmente com a Lei dos Juizados Especiais Federais, em 2001, que, pela primeira vez, previu a conciliação em processos judiciais que envolvem órgãos públicos, mas apenas federais. A nova Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública,

de 2009, poderá representar mais um passo significativo na utilização da conciliação nos litígios envolvendo órgãos públicos, desta feita estaduais e municipais. Note-se, porém, que, embora exista também legislação prevendo a utilização de conciliação no processo civil “comum”, por assim dizer, aquele que envolve as ações excluídas do conceito de “pequenas causas”, com exceção da área de família, em que abundam projetos-piloto nos quais se utilizam, de forma consistente, técnicas de conciliação ou de mediação, a regra do artigo 331 do Código de Processo Civil poucos efeitos práticos produziu, na ausência de uma iniciativa institucional efetiva do Judiciário, dos órgãos de Advocacia Pública ou mesmo da Ordem dos Advogados do Brasil que fizessem disseminar a cultura da conciliação.

Esta situação é ainda mais evidente no que diz respeito aos processos envolvendo a Fazenda Pública, pois, lamentavelmente, muitos advogados públicos ainda pensam que realizar uma boa defesa dos interesses públicos consiste simplesmente em adiar ao máximo o pagamento do que por esta é devido em juízo – e, descendo à raiz do problema, esse parece ser o pensamento que impera entre gestores públicos, notadamente em nível político, já que postergar o pagamento para a gestão seguinte costuma ser uma ideia sempre tentadora para nossos ocupantes de mandatos na Chefia do Executivo. Conjugando-se este fato à ausência de independência institucional da Advocacia Pública e de independência funcional de seus membros (embora estas possam ser deduzidas, por princípio, de nosso sistema constitucional democrático)<sup>319</sup>, fica fácil compreender a reduzidíssima prática da conciliação em processos judiciais que envolvem entes públicos.

Nos EUA, conforme ficou claro em algumas entrevistas, desde sempre as partes (inclusive entes públicos) em processos judiciais consideraram e trabalharam na possibilidade de um acordo, quando se aproximava a data do julgamento – conceito, aliás, pouco familiar a nós brasileiros, já que, em nosso processo civil, não existe sequer a prática de o juiz designar data para julgamento. A mediação contribuiu, sim, para aumentar a incidência de acordos – os advogados públicos entrevistados deixam claro a contribuição da intervenção do terceiro neste processo. Também contribuiu para antecipar o momento da realização do acordo, já que os membros do Judiciário passaram a remeter as partes à mediação cada vez mais cedo no decurso do processo.

---

<sup>319</sup> Ver, por exemplo, meu trabalho “Autonomia institucional da advocacia pública e funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado Democrático de Direito”, publicado na obra: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (orgs.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

Uma característica que parece ser um verdadeiro dogma na utilização da mediação em juízo nos EUA é a confidencialidade. Normas legais e regulamentares e códigos de ética de mediadores, sem exceção, defendem a necessidade e utilidade da confidencialidade para que as partes possam negociar com sinceridade, sem receio de que eventuais informações aventadas durante o processo venham a ser utilizadas durante a instrução. A ênfase nesta característica parece natural se se considerar que, tal como vem ocorrendo no Brasil, a mediação surgiu e se desenvolveu primeiramente no âmbito de conflitos privados, notadamente na área de família. O que não pode deixar de causar espanto, porém, é como esta mentalidade foi transposta sem qualquer pudor para a esfera dos conflitos que envolvem entes públicos. A explicação que nos parece mais plausível, além da mentalidade liberal e individualista que impera, em geral, em boa parte da legislação e arcabouço institucional público nos EUA, é a manifestação dessa mentalidade na estrutura do Poder Judiciário: naquele país, não existem Varas da Fazenda Pública, seja na Justiça Federal, seja na Justiça Estadual, seja ainda nos órgãos judiciais mantidos pelos Municípios e Condados (este últimos, geralmente, com competência apenas para pequenas causas). A confusão entre competência e procedimento é que faz, assim, com que regras e procedimentos idênticos sejam aplicados para resolver conflitos públicos e privados. O tema foi abordado no capítulo 8, onde se realçou que a transposição da confidencialidade oriunda da mediação de conflitos privados até mesmo para os processos colaborativos que envolvem políticas públicas, desenvolvidos na esfera do Poder Executivo, já suscitou muitas críticas, inclusive nos EUA.

Outra característica bastante relevante da utilização da mediação em juízo nos EUA é o fato de que, na grande maioria dos programas, ou existe a previsão de utilização obrigatória da mediação em determinado momento do processo (o que muitas vezes ocorre apenas para determinados tipos de conflito, como aqueles que envolvem a guarda de filhos de pais separados), ou o juiz competente desempenha um papel ativo ao remeter as partes para a mediação quando entende que a técnica é apropriada para o conflito específico em que elas estão envolvidas – caso em que, quase sempre, estas acabam concordando em utilizá-la. É importante ressaltar que, num sistema em que já imperava a cultura da conciliação, esse tipo de regra ou de procedimento, em geral, não foi mal recebido pelos advogados, que são, em última instância, quem acaba influenciando de forma decisiva a postura das partes em relação ao assunto. A resistência inicial, segundo nos informou, por exemplo, a entrevistada Nancy Rogers, uma das referências no estudo da mediação no país, se verificava apenas entre os



advogados que ainda não estavam familiarizados com o procedimento, mas foi se desvanecendo com o tempo, principalmente porque a maioria dos programas foram iniciados com o apoio de notáveis advogados, os quais foram procurados pelo Judiciário para serem convencidos dos benefícios dos programas de mediação, justamente pela influência que exerceriam sobre a classe dos advogados caso passassem a utilizá-la ou mesmo a atuarem como mediadores, como muitas vezes ocorreu.

Uma outra característica importante que chama a atenção nos programas de mediação judicial é a imensa diversidade de formatos quanto a quem são e como são remunerados os mediadores. Algumas vezes, como se viu no caso do Collins Center, na Flórida, do Dispute Resolution Center de Austin, no Texas, e do Safe Horizon, em Nova Iorque, o Judiciário contrata entidades sem fins lucrativos que oferecem serviços de mediação. Outras vezes, quando o número de casos é bem menor, como ocorre nos programas de segunda instância na Justiça Federal, o Judiciário possui uma equipe de mediadores em tempo integral. Mais comum ainda, como se viu na Flórida, na Califórnia e em Maryland, o Judiciário desenvolve um sistema de certificação de mediadores, estabelecendo requisitos mínimos quanto a treinamento, cumprimento de normas éticas e regras quanto a remuneração, a fim de formar um quadro de mediadores independentes aos quais podem ser referidos os processos judiciais em que seja utilizada a mediação, seja por escolha do juízo ou das partes. Nestes casos, a atuação dos mediadores pode ser remunerada pelas partes ou voluntária, por determinação do juízo, pois normalmente os mediadores integrantes destes quadros devem concordar em atuar em determinado número de casos de forma gratuita, de maneira a propiciar a utilização da mediação também às partes que não tenham condições de pagar por ela.

Outra característica dos sistemas de mediação bem sucedidos no âmbito do Judiciário é o monitoramento dos índices de utilização da mediação e da obtenção de acordos, justamente a fim de demonstrar a eficiência dos programas e garantir a sua manutenção.

Também é comum a utilização de sistemas de avaliação, porém desacompanhada de um mecanismo que garanta que todas as partes que utilizaram a mediação irão respondê-la – com sérios prejuízos para a credibilidade da avaliação como um todo, já que o percentual de respostas dificilmente ultrapassa a metade dos casos em que foi utilizada a mediação.

Outra deficiência relevante parece ser o não monitoramento do cumprimento dos acordos, bem como a pequena utilização da previsão de penalidades nos acordos, o que pode trazer dificuldades às partes quanto à sua efetiva observância.

### **2.13.2 Programas de mediação na esfera administrativa**

Quase tudo que se observou com relação à cultura da conciliação entre advogados e partes privadas nos EUA pode ser transposto para a esfera dos processos administrativos – com a única observação de que, na esfera pública, a utilização da conciliação nem sempre veio a ser acompanhada, ao longo do tempo, pela utilização da mediação. Apesar dos esforços dos centros estaduais e federal no sentido de difundir a utilização da mediação nas agências públicas, tudo indica que bem menos da metade delas possui programas de mediação abrangentes de todas as situações em que a metodologia seria a mais apropriada para resolver o conflito. A legislação existente a respeito, via de regra, autoriza a utilização da mediação, mas não a determina, com exceção de alguns tipos de conflitos, e a existência ou não dessa mandatoriedade parece ter efeito determinada no desenvolvimento coerente e permanente de sistemas de mediação em agências públicas. Assim, enquanto na esfera judicial, prevalece tanto a existência generalizada de programas de mediação quanto a compulsoriedade ou um certo encorajamento acentuado para a sua utilização, aqui prevalece a voluntariedade tanto na oferta de programas, quanto na utilização da mediação pelas partes privadas quando estes programas existem – o que gera índices muito menores de utilização da mediação, mas não necessariamente da conciliação. O tema da compulsoriedade *versus* voluntariedade foi tratado no capítulo 8 desta tese.

Da mesma forma, as observações que fiz com relação à transposição da confidencialidade que surgiu no âmbito dos conflitos privados para aqueles que envolvem entes públicos se estende aos processos administrativos em que a mediação é utilizada. Sem qualquer exceção, todos os programas preveem que as sessões de mediação sejam confidenciais, dando-se publicidade apenas ao acordo ao final celebrado.

Também se aplica aqui o que se observou acima quanto à diversidade de formatos na seleção de mediadores: algumas vezes, as agências públicas contratam entidades sem fins lucrativos que oferecem serviços de mediação; outras vezes, quando o número de casos é bem

menor, o programa possui uma equipe de mediadores em tempo integral, como no caso da FERC, em nível federal, e de boa parte dos Departamentos de Processos Administrativos, em nível estadual; outras vezes, por fim, a agência desenvolve um sistema de certificação de mediadores, estabelecendo requisitos mínimos quanto a treinamento, cumprimento de normas éticas e regras quanto a remuneração, a fim de formar um quadro de mediadores independentes aos quais podem ser referidos os processos administrativos em que se pretende utilizar a mediação.

A aceitação pelos advogados no que diz respeito à utilização destes programas de mediação parece ser bastante tranquila, de acordo com as entrevistas realizadas.

Quanto à remuneração, por outro lado, ao contrário do que ocorre em sede judicial, no mais das vezes, ela é feita pelas agências, muito embora, em alguns casos, seja rateada entre estas e as partes privadas.

No que tange aos programas mantidos por agências públicas e mesmo os Deptos. que mensuram a realização de acordos nos órgãos da Advocacia Pública/Ministério Público, uma característica comum é não haver a separação entre os índices de acordos obtidos com a utilização de mediação ou simples negociação direta entre as partes, o que, sem dúvida dificulta a divulgação de bons resultados obtidos a partir da utilização da mediação, o que poderia contribuir em muito na sua expansão.

A utilização de sistemas de avaliação pelos usuários da mediação, de modo geral, parece ser menos frequente nas agências do que nos programas de mediação judicial.

Também aqui, como regra, quando se trata de conflitos entre partes privadas, em que a agência atua como mediadora (e não como parte), ou quando a agência é parte e fica vencida, não existe o monitoramento do cumprimento dos acordos.

A comparação com a realidade brasileira, no que tange a esse tipo de programa, fica bastante prejudicada, já que programas similares no Brasil são ainda bastante raros.

### **2.13.3 Programas de facilitação de conflitos envolvendo políticas públicas**

Da mesma forma que ocorre com relação à utilização da mediação em processos administrativos, no que tange aos processos colaborativos em que são reunidos os grupos interessados e afetados para decidir ou recomendar às agências públicas uma solução

adequada para uma determinada política pública controversa, predomina a voluntariedade, seja no que diz respeito à existência de uma política institucional que encoraje esse tipo de mecanismo, seja no que concerne à sua utilização em dado caso específico.

Ao contrário do que se passa no que se refere à utilização da mediação “tradicional”, por assim dizer (em conflitos de dimensão individual), quando se trata de mediação de diálogos em processos colaborativos, existe uma certa divergência, inclusive em âmbito normativo, no que diz respeito à confidencialidade ou publicidade das reuniões. Conforme foi possível depreender das entrevistas, existe uma tendência comum (mas não generalizada) entre as agências públicas de pretender restringir o acesso a essas reuniões, com objetivo de tornar o diálogo mais rápido ou mais produtivo, ao passo que existe uma tendência entre os facilitadores, notadamente aqueles que fazem parte dos centros estaduais e federais que coordenam esse tipo de processo, de buscar fazer ver às agências públicas que é de seu interesse tornar o processo o mais transparente possível – sendo que essa argumentação nem sempre é acolhida pelas agências. Mesmo entre os facilitadores entrevistados, contudo, é unânime o reconhecimento da possibilidade de realização de sessões privadas entre mediadores e os grupos, oportunidade que pode, inclusive, contribuir para que o mediador procure equilibrar eventuais desigualdades demasiado significativas de poder entre as partes.

Uma outra característica, sem dúvida, digna de nota, é que nem sempre a intenção de utilizar processos colaborativos por parte das agências se faz acompanhar da percepção da necessidade ou utilidade de utilização de mediadores ou facilitadores, o que faz, inclusive, que alguns processos sejam conduzidos de forma inadequada.

Por fim, outras limitações evidentes nesta seara complexa de utilização da mediação são: a pequena utilização de sistemas de avaliação dos processos e seus resultados; a não previsão de mecanismos adequados para o monitoramento do cumprimento dos acordos; e a pequena utilização da previsão de penalidades nos acordos, de modo a assegurar o seu cumprimento.

#### **2.13.4 Programas de mediação de conflitos no local de trabalho**

O primeiro traço que salta aos olhos no que diz respeito à utilização da mediação de conflitos no local de trabalho é o pequeno número de casos que chegam até esses programas,

considerado o universo de sua atuação. A causa principal, pelo que se pôde depreender de algumas entrevistas, possivelmente reside no receio de retaliação <sup>320</sup>, já que os conflitos mais comuns, consoante também relatado nas entrevistas, são aqueles que se dão entre gestores e seus subordinados. Para resolver esta limitação inicial, que funciona como obstáculo para o sucesso de qualquer programa no que tange ao seu impacto no ambiente organizacional, talvez seja necessária uma postura mais pró-ativa no que tange à detecção de tais conflitos. O tema foi abordado no capítulo 6 desta tese.

Outra característica presente em todos os programas é a voluntariedade na sua utilização e a confidencialidade dos procedimentos. Embora esta última pareça não oferecer maiores dificuldades quando a causa dos conflitos é de origem puramente interpessoal, parece problemática a manutenção da confidencialidade (que impede a divulgação e utilização posterior de quaisquer informações ventiladas durante as sessões) quando, no curso do procedimento, por exemplo, chegar ao conhecimento do mediador a violação de deveres funcionais por parte de um dos envolvidos no conflito – pois, neste caso, está em jogo um interesse público, não mais apenas interesses pessoais das partes em conflito. Já quanto à voluntariedade, em se tratando de serviço público, parece também pouco apropriada a sua manutenção como regra, quando se sabe que tais tipos de conflitos costumam afetar sobremaneira a produtividade dos servidores públicos neles envolvidos, gerando assim a malversação dos recursos públicos empregados na remuneração de tais servidores.

Parece falha também a ausência de monitoramento do cumprimento dos acordos, o que somente não se aplica ao programa desenvolvido no âmbito do Departamento de Processos Administrativos de Nova Iorque – traço que torna bastante difícil apurar a eficácia de qualquer programa.

Por fim, no que diz respeito à avaliação de resultados, ficou evidente que nenhum dos programas objeto da pesquisa desenvolveu qualquer mecanismo capaz de apurar o impacto de sua atuação na melhoria do ambiente organizacional – seja reduzindo o número de licenças em razão de saúde, seja reduzindo as ausências ao trabalho, seja aumentando a produtividade, seja aumento o número de projetos de equipe. Essa ausência de mensuração de resultados,

---

<sup>320</sup> Citando Jameson (2001, p. 163): “Uma variedade de estratégias de gestão de conflitos e terceiros mediadores podem estar disponíveis para atuar em conflitos entre empregados, mas as pesquisas já desenvolvidas sugerem que os empregados são relutantes em usar seja procedimentos formais de reclamação, seja processos de resolução de conflitos por receio de retaliação ou outras repercussões negativas (Blancero e Dyer, 1996; Lewin, 1993)” – Tradução desta autora.

possivelmente, tal como se observou em relação a outros programas, dificulta a expansão de tais modelos para agências que ainda não os possuem, as quais constituem a grande maioria.

Já um ponto bastante positivo que ficou evidenciado é a articulação entre a identificação de conflitos mais comuns, que costuma ser um dos resultados deste tipo de programas, e a definição de assuntos para treinamentos – com a limitação, porém, algumas vezes, de não serem tais treinamentos de frequência obrigatória.

A comparação com a realidade brasileira, também no que toca a esse tipo de programa, fica bastante prejudicada, já que inexistem programas similares no Brasil até o momento.

## **APÊNDICE III – QUESTIONÁRIOS APLICADOS NA PESQUISA DE CAMPO NOS EUA**

### **3.1 Questionário aplicado aos programas de mediação no âmbito do Poder Judiciário** (Questionnaire for court-annexed mediation)

- 1) When did this program start to operate? – Quando este programa começou a funcionar?
- 2) Does it apply to governmental entities? If yes, do the government entities normally settle? Which criteria do they use to decide to settle or not? – Ele se aplica a entes públicos? Em caso afirmativo, os entes públicos costumam ou não celebrar acordos?
- 3) Do you have separate statistics for cases involving the government? – Vocês têm estatísticas separadas para os conflitos envolvendo entes públicos?
- 4) Are the mediation sessions confidential in the cases involving the government? – As sessões de mediação nos conflitos envolvendo entes públicos são confidenciais?
- 5) Who are the mediators? How are they chosen? – Quem são os mediadores? Como eles são escolhidos?
- 6) Who pays the costs of mediation? – Quem paga os custos da mediação?
- 7) Is mediation mandatory or voluntary? – A utilização da mediação é voluntária ou obrigatória?
- 8) Is the lawyer's participation in the mediation mandatory? – A participação de advogado na mediação é obrigatória?
- 9) What's the percentage of cases in which a settlement is reached? – Qual o percentual de casos em que se obtém um acordo significativo?

10) Do you have any study about the degree of the satisfaction of the parties with mediation?

– Vocês têm algum estudo sobre o grau de satisfação das partes com a mediação?

11) Did you ever have a mediation in a class action (or other collective lawsuit) involving the government? Did the case(s) settled? – Vocês já utilizaram a mediação em ações coletivas envolvendo entes públicos? Foi obtido acordo?

12) Which penalties are commonly stablished in case of unaccomplishment of mediated settlements? – Que penalidades são normalmente estabelecidas para o caso de descumprimento dos acordos?



### **3.2 Questionário aplicado aos programas de mediação no âmbito da Advocacia Pública/Ministério Público (Questionnaire for Attorney General's Offices)**

- 1) Do you have an ADR Committee? – Vocês têm um comitê encarregado de resolução alternativa de conflitos?
- 2) Do you ever use mediation in lawsuits? – Vocês usam mediação em processos judiciais?
- 3) What's is the percentage of lawsuits in which mediation is used? – Qual o percentual de casos em que a mediação é utilizada?
- 4) In the cases that mediation is used, what's the percentage of cases in which a settlement is reached? – Nos casos em que a mediação é utilizada, qual o percentual de casos em que um acordo é obtido?
- 5) Who are the mediators? – Quem são os mediadores?
- 6) Who pays the costs in case of mediation usage? – Quem paga os custos da mediação?
- 7) Which are the difficulties and advantages concerning the use of mediation? – Quais são as dificuldades e vantagens no que diz respeito ao uso da mediação?
- 8) Do you have any study about the impacts of the use of mediation in the number of lawsuits? – Vocês têm algum estudo sobre os impactos do uso da mediação no número de processos judiciais?
- 9) Who decides to settle in a lawsuit? – Quem decide celebrar o acordo?
- 10) Which criteria do you use to decide or not to settle? – Que critérios vocês utilizam para decidir celebrar ou não um acordo?

### 3.3 Questionários aplicados aos programas de mediação no âmbito administrativo

Questionnaire for agencies (Questionário para órgãos administrativos que mantêm seus próprios programas de mediação)

- 1) What do you do? – Quais suas atividades?
- 2) What's the number of employees of this agency? – Qual é o número de empregados deste órgão?
- 3) Do you have any workplace disputes resolution program? If yes, how does it work? – Vocês têm algum programa de resolução de conflitos relacionados ao local de trabalho? Como ele funciona?
- 4) Do you use negotiated rule-making? In which cases? – Vocês utilizam elaboração negociada de regulamentos administrativos? Em que casos?
- 5) Do you use collaborative planning? In which situations? – Vocês utilizam processos de construção de consenso ou planejamento participativo? Em que situações?
- 6) What's the number of contested cases every year in this agency? Which are the most common issues? – Qual é o número de litígios na esfera administrativa todos os anos neste órgão? Que assuntos são mais comumente discutidos?
- 7) Are the contested cases sent to the office of administrative hearings or solved inside the agency? – Os processos administrativos em que a decisão é contestada pelo particular são enviados para um órgão à parte ou resolvidos pela própria agência?
- 8) Do you use mediation in these cases? When? – Vocês usam mediação nestes casos? Em que situações?

- 9) How long these administrative procedures take to come to an end when using mediation or not? – Quanto tempo leva a resolução de tais conflitos quando se utiliza ou não a mediação?
- 10) Do you ever use mediation in lawsuits? Which criteria do you use to decide or not to settle? – Vocês utilizam mediação em processos judiciais? Que critérios vocês utilizam para decidir celebrar ou não um acordo?
- 11) Who are the mediators? – Quem são os mediadores do programa?
- 12) What's the percentage of cases in which a settlement is reached? – Qual o percentual de casos em que um acordo significativo é alcançado?
- 13) Do you have any study about the impacts of the usage of mediation in contested cases or negotiated rule-making in the time frames of the procedure or number of lawsuits? – Vocês têm algum estudo sobre os impactos do uso da mediação na duração dos litígios administrativos ou na redução do número de processos judiciais?
- 14) Who decides to settle in a lawsuit? – Quem decide celebrar o acordo?
- 15) Was the agency ever involved in any class action? – Este órgão já se envolveu em alguma ação coletiva?
- 16) Does the agency have an ADR Committee? – Vocês têm um comitê encarregado de resolução alternativa de conflitos?
- 17) Who pays the costs in case of mediation usage? – Quem paga os custos da mediação?

Questionnaire for SOAH (Questionário para os órgãos cuja função é exclusivamente processar e julgar conflitos na esfera administrativa)

- 1) Which agencies send cases to SOAH? – Que órgãos enviam seus litígios para vocês?
- 2) Are the decisions of SOAH always followed? If not, is SOAH communicated about the accomplishment and what's the percentage of cases in which this happen? – As decisões que vocês tomam são sempre seguidas? Em caso negativo, vocês são comunicados e qual a percentage de casos em que isto ocorre?
- 3) Do you have any workplace disputes resolution program? If yes, how does it work? – Vocês têm algum programa de resolução de conflitos relacionados ao local de trabalho? Como ele funciona?
- 4) Which are the most common issues involved in workplaces disputes? – Quais são as questões mais comumente envolvidas em tais programas?
- 5) Who are the mediators? – Quem são os mediadores?
- 6) What's is the percentage of cases in which mediation is used? – Qual o percentual de casos em que se utilize a mediação?
- 7) How long the administrative procedures take to come to an end when using mediation or not? – Quanto tempo leva a resolução de tais conflitos quando se utiliza ou não a mediação?
- 8) In the cases that mediation is used, what's the percentage of cases in which a settlement is reached? – Quando a mediação é usada, qual o percentual de casos em que um acordo significativo é alcançado?
- 9) Who pays the costs in case of mediation usage? – Quem paga os custos da mediação?

**3.4 Questionário aplicado aos programas de mediação de conflitos envolvendo políticas públicas** (Questionnaire for organizations which work with collaborative governance / dispute resolution)

- 1) When did this program/organization start to operate? – Quando este programa começou a funcionar?
- 2) Do you work with dispute resolution? In which cases? – Vocês trabalham com resolução de conflitos? Em que situações?
- 3) In which issues do you usually work? – Com que assuntos vocês trabalham usualmente?
- 4) Do you provide any kind of training in this area? Who are the trainers and the trainees? – Vocês fornecem treinamento nesta área? Quem são os instrutores e os participantes de tais treinamentos?
- 5) Do you develop any sort of research evaluating the effectiveness of mediation/facilitation processes? – Vocês desenvolvem algum tipo de pesquisa avaliação da efetividade de processos de mediação ou facilitação?
- 5) Do you make case studies? – Vocês fazem estudos de caso?
- 6) Who is part of the staff? – Quem compõe a equipe?
- 7) Where does your funding come from? Which are your basic expenses? – De onde provêm seus recursos financeiros? Quais são suas despesas básicas?
- 8) Which kind of interaction do you have with public agencies? Are there any situations in which public agencies are mandated to use your services? – Como vocês se relacionam com entes públicos? Existe algum caso em que entes públicos são obrigados a utilizar seus serviços?

9) Do you have any information about how often public agencies in this State or city use mediation, facilitated/collaborative planning or negotiated rulemaking? – Vocês sabem com que frequências os órgãos públicos neste Estado ou Município usam mediação de conflitos, planejamento participativo ou elaboração negociada de regulamentos administrativos?

10) Who are the facilitators in the cases that you work with? – Quem são os mediadores ou facilitadores nos casos em que vocês atuam?

11) How do you work to identify the stakeholders? What happens if some groups are not yet organized? – Como vocês identificam os interessados na solução do conflito? E se algum dos grupos não estiver ainda organizado?

12) How do you normally relate to stakeholders in facilitation processes, specially when there is not a balance of power? – Como vocês costumam se relacionar com os grupos interessados em processos de facilitação, especialmente quando existe um desequilíbrio de poder?

13) What's the percentage of cases in which a substantial settlement is reached? – Qual é a percentagem de casos em que um acordo significativo é alcançado?

14) Are the facilitation sessions confidential or open to the general public and media? – As sessões de mediação são confidenciais ou abertas ao público e à imprensa?

15) Who pays the costs in the facilitation/mediation processes? – Quem custeia os processos de mediação ou facilitação?

16) Which penalties are commonly established in case of unaccomplishment of facilitated/mediated settlements? – Que penalidades são comumente estabelecidas para o caso de descumprimento dos acordos?

17) In the cases involving the government, do the settlements involve creation or reallocation of budget appropriations, evaluation of the efficiency of public services? – Nos casos

envolvendo entes públicos, os acordos costumam envolver a criação ou realocação de verbas orçamentárias ou a avaliação de eficiência de serviços públicos?

18) Do you have any study about the degree of the satisfaction of the parties with mediation/facilitation processes? – Vocês têm algum estudo sobre o grau de satisfação das partes com os processos de mediação ou facilitação de conflitos?

19) Did you ever work in a mediation in a class action (or other collective lawsuit) involving the government? – Vocês já atuaram em alguma mediação em ação coletiva envolvendo órgãos públicos?

## APÊNDICE IV – ESTUDOS DE CASO NO DIREITO AMERICANO

Durante a pesquisa nos EUA, um dos objetivos traçados foi travar contato com experiências práticas de utilização da mediação em conflitos de dimensão coletiva envolvendo o Poder Público.

Não houve, porém, a possibilidade de acompanhar um processo do início ao fim, já que estes processos, normalmente, levam alguns meses, podendo mesmo ultrapassar um ano, nos casos mais complexos.

De outra parte, no principal centro onde se desenvolveu esta pesquisa, o Center for Public Policies Disputes Resolution, situado na Faculdade de Direito da Universidade do Texas (*campus* de Austin, capital do Estado), havia diversos estudos de caso disponíveis, realizados inclusive por estudantes de Mestrado que ali desenvolveram suas pesquisas de campo, o que nos possibilitou selecionar alguns deles para ilustrar a experiência de aplicação da mediação aos conflitos que envolvem políticas públicas nos EUA, seus desafios, suas dificuldades e seus benefícios visíveis.

Também reputo útil relatar alguns estudos de caso realizados em versão bem mais sintética por instituições sem fins lucrativos que se dedicam à mediação de conflitos coletivos, de modo a fornecer um quadro mais variado da sua aplicação naquele país, sem que os exemplos ficassem limitados a conflitos verificados em Austin, Texas.

Como se verá, a aplicação da mediação em tais conflitos é mais comum na esfera extrajudicial, envolvendo, muitas vezes, tanto o Poder Executivo quanto o Poder Legislativo, do que no âmbito de conflitos que já se encontram no âmbito judicial. Existem, porém, exemplos de utilização da mediação para esses tipos de conflitos também na esfera judicial.

### **4.1 Casos em que atuou o Center for Public Policies Disputes Resolution da Universidade do Texas (CPPDR)**

O Centro de Resolução de Conflitos envolvendo Políticas Públicas da Universidade do Texas, *campus* de Austin, foi o espaço onde se realizou a mais extensa pesquisa empírica dentre os diversos programas pesquisados. Foi possível, assim, identificar diversos estudos de



casos e analisar de forma mais aprofundada o emprego da mediação em conflitos coletivos envolvendo entes públicos.

#### **4.1.1 Desenvolvimento de empreendimentos imobiliários na região ambientalmente protegida de Barton Creek**

O conflito em questão foi objeto de um estudo de caso que consistiu no tema da Dissertação de Mestrado de Heather Jane Cox, na Faculdade de Public Affairs da Universidade do Texas, concluído em 1994. O trabalho buscou confrontar a teoria existente acerca da mediação de conflitos que envolvem políticas públicas e sua aplicação prática neste que foi o primeiro conflito em que atuou o CPPDR, apenas um mês após sua criação, que se deu em abril de 1993.

Passo a descrever o pano de fundo do conflito: a região do riacho Barton foi objeto de acirradas polêmicas na comunidade de Austin, por muitos anos. Trata-se de região de manancial de água e que constitui habitat de diversas espécies de animais em extinção, assim declarados oficialmente desde 1987. Vários imóveis ali situados são utilizados para atividades recreativas, sendo muito cobiçados também para residências, tendo em vista sua beleza natural e proximidade do centro de Austin.

Em setembro de 1988, uma empresa chamada FM Properties, pertencente a um conglomerado de expressão mundial que figura entre as maiores empresas americanas, adquiriu mais de 4000 acres de terra na região, tendo em seguida explorado 600 acres, nos quais construiu um clube de campo, um centro de conferências, dois campos de golfe e algumas residências. Os planos futuros da empresa envolviam a construção de outro campo de golfe, residências e edifícios comerciais.

Ao mesmo tempo, a Prefeitura de Austin tinha planos de implantar infra-estrutura na área e o Condado de Travis (onde se situa o Município de Austin) tinha planos de fazer melhorias na rodovia que cruza a região, desde que fosse solucionado um débito de USD 26 milhões contraído por um bairro de Austin justamente para construir uma rodovia na área.

A condição de habitat de espécies ameaçadas de extinção faz com que qualquer obra ou empreendimento, público ou privado, na área dependa de licenciamento de uma agência federal, o Fish and Wildlife Bureau. Assim, os órgãos ambientais locais estavam buscando

negociar junto a esta agência o licenciamento abrangente de um plano integrado de manejo da área, que eliminaria a necessidade de obtenção de licenças individuais por cada proprietário. O plano elaborado pelo Município previa a infra-estrutura a ser instalada, as áreas de lazer e as áreas naturais a serem preservadas. Sua aprovação, além de viabilizar os planos do Município, daria segurança jurídica aos proprietários em relação às exatas restrições existentes à exploração de seus imóveis, além de colocar um ponto final aos inúmeros conflitos entre empreendedores e ambientalistas.

Em junho de 1990, a FMP apresentou um Plano de Desenvolvimento Imobiliário referente aos seus imóveis na área para a Câmara Municipal de Austin, buscando garantir a instalação de infra-estrutura e definir regras claras de uso do solo em sua propriedade. Em razão da polêmica que cercava a proposta, a Câmara realizou uma audiência pública a respeito, a qual acabou durando toda a noite, sendo que mais de 800 cidadãos se manifestaram contrariamente aos planos da FMP e convenceram a Câmara a rejeitá-los.

Em 1991, o Município aprovou novas regras de proteção ambiental em bacias hidrográficas, as quais, todavia, foram reputadas manifestamente insuficientes pelos ambientalistas. Na mesma época, a FMP apresentou novos planos de construção em parte de seus lotes. Os ambientalistas decidiram então criar a Coalizão SOS (Save our springs – Salve nossas fontes) e lançaram uma campanha pela aprovação de uma legislação com restrições mais adequadas, cuja proposta eles mesmos elaboraram. A campanha foi capaz de reunir dois mil voluntários e obter trinta e cinco mil assinaturas, sendo que, apesar da forte campanha desenvolvida também pelos empreendedores da região, em agosto de 1992, a proposta da Coalizão SOS foi aprovada. Na sequência, em 1993, o grupo conseguiu também eleger dois vereadores (a Câmara de Austin tem apenas sete), fazendo, assim, que os vereadores pró-proteção ambiental passassem a ser maioria na casa legislativa.

Também em 1993, a FMP propôs doar mil acres de terra ao Município em troca de um acordo quanto ao desenvolvimento de seus empreendimentos. A proposta gerou como reação a criação de uma Força-Tarefa, composta de seis ambientalistas, três representantes do governo local e quatro empresários, que foi incumbida de desenvolver um plano amplo de proteção da bacia do Riacho Barton. Após quatro meses, a Força-Tarefa apresentou uma lista de recomendações, incluindo a de que um eventual acordo com a FMP deveria ser negociado entre esta, o Município e a Coalizão SOS, cabendo a esta última o monitoramento de seu

cumprimento. Note-se que a FMP havia protocolado em 1991 novos planos de construção em seus terrenos, e a nova legislação proveniente da Coalizão SOS certamente não se aplicava aos seus empreendimentos de natureza residencial, sendo que o Município defendia que se aplicava aos de natureza comercial, mas essa não era a tendência de interpretação que possivelmente prevaleceria numa disputa judicial.

Em maio de 1993, o Prefeito de Austin contatou o CPPDR para buscar auxílio na estruturação de um processo de mediação. Tanto os órgãos públicos quanto os ambientalistas estavam ansiosos por participar do processo e a FMP estava um pouco relutante, mas acabou concordando para demonstrar boa vontade na resolução do conflito perante o Fish and Wildlife Bureau. O Prefeito pediu ao CPPDR uma lista de potenciais mediadores que fossem de Austin, estivessem familiarizados com a disputa, pudessem começar a atuar de imediato e dedicar-se ao projeto por várias semanas. Não havia em Austin mediadores com experiência em conflitos envolvendo políticas públicas, sendo que o CPPDR formou uma lista de seis nomes, que foram apresentados à Força-Tarefa, que apenas não objetou em relação a dois deles. Ambos eram advogados experientes e tinham tanto treinamento de boa qualidade quanto ampla experiência em mediação. O CPPDR forneceu a eles bibliografia e estudos de caso na mediação de conflitos envolvendo políticas públicas.

Não houve fase de avaliação do conflito e a definição do escopo da mediação se baseou nas recomendações da Força-Tarefa. As sessões de mediação, que não foram abertas ao público e consistiram basicamente de sessões privadas entre os mediadores e os grupos em conflito, duraram apenas seis semanas e, no início de julho de 1993, foi elaborado um acordo sobre pontos de consenso entre as partes, o qual, porém, nunca chegou a ser ratificado por elas. O Prefeito havia estabelecido um prazo curto para conclusão dos trabalhos, em razão de haver uma data-limite para viabilizar a compra de áreas que pretendia destinar à preservação, de acordo com o plano apresentado ao Fish and Wildlife Bureau.

Durante o processo, duas atitudes da FMP geraram grande desconfiança por parte dos ambientalistas e dificultaram o prosseguimento do diálogo e a ratificação do acordo: a) a apresentação de um novo Plano de Desenvolvimento Imobiliário ao Município que previa uma densidade ainda maior nas construções a serem realizadas (o que não era objeto diretamente da legislação elaborada pela SOS, mas afetava os seus objetivos); b) a articulação da aprovação de legislação no âmbito estadual estipulando que a legislação elaborada pela

SOS, de 1992, não se aplicava a empreendimentos cujos projetos tivessem sido apresentados antes dela, beneficiando assim a FMP. Esta legislação acabou sendo vetada pela Governadora do Texas. Em novembro, quando o acordo não havia ainda sido ratificado, a FMP retirou-se formalmente da mediação.

A análise realizada no estudo aponta como dificuldades no processo, que inviabilizaram a ratificação do acordo: a) tempo insuficiente para construção de confiança entre as partes e amadurecimento das negociações, inclusive possibilitando a realização de estudos que resolvessem divergências técnicas; b) ausência da fase de avaliação de contexto (também por pressões temporais), fazendo com que alguns grupos interessados importantes estivessem ausentes das negociações (por exemplo, os financiadores da aquisição de terras que seriam reservadas à proteção ambiental pelo Município) e que temas importantes relacionados ao conflito não fossem incluídos no escopo da discussão (como a questão da densidade nas construções da FMP e questões relacionadas à rodovia que cruzava a região, que foram levantadas somente no final do processo); c) falta de sessões públicas, que ajudariam a construir confiança no processo; d) falta de frequência e de uma representação clara entre os ambientalistas, que se ausentaram de algumas reuniões e, quando voltaram, discordaram do que tinha sido decidido; e) dissenso de opiniões entre as diversas entidades que faziam parte da Coalizão SOS, o que levava à necessidade de uma mediação prévia dentro deste grupo; f) atitudes paralelas da FMP que se desenvolveram sem qualquer conhecimento do grupo e que minaram a construção de confiança, consistentes na atuação junto ao legislador estadual e na apresentação de novo plano ao Município com densidade ainda mais alta que o de 1990; g) inexperiência dos mediadores.

Como benefícios obtidos, contudo, mesmo sem que o acordo tenha sido ratificado, destacam-se: a) identificação de pontos de consenso dentro do grupo; b) esclarecimento das divergências existentes; c) alguns pontos do acordo vieram a ser observados espontaneamente pela FMP, como a construção de uma lagoa de tratamento de efluentes; d) apesar de tudo, pela simples aceitação de participar do processo, a FMP ganhou credibilidade junto à comunidade ambiental, o que levou à celebração posterior de um acordo com uma entidade (The Nature Conservancy) pelo qual se viabilizou a destinação de áreas em sua propriedade para preservação, tornando desnecessária a aquisição de terras pelo próprio Município; e) a FMP decidiu pagar o débito do bairro de Austin relativo à construção da rodovia a fim de viabilizar a aprovação do Plano do Município perante a agência federal. Ou seja, o conflito

acabou sendo resolvido de forma que se viabilizou a proteção ambiental e também a realização dos empreendimentos da FMP, com menos custos para o Município de Austin, que teve que investir somente em infra-estrutura, conforme já estava previsto.

#### **4.1.2 Melhorias no sistema de saneamento em Austin e região**

Segundo Tiffany Reyes, autora do estudo de caso sobre o conflito em questão, este envolveu os planos do Município de Austin de realização de obras no sistema de tratamento de esgoto, que se encontra situado numa região ambientalmente sensível (próxima a parques e a um manancial, o aquífero Edwards), e, por esta razão, gerou grande reação da comunidade ambientalista. Além das questões ambientais envolvidas, havia uma demanda por parte de dois Municípios menores situados a oeste de Austin, Rollingwood e West Lake Hills, de utilizar-se de sua rede de esgoto, tendo em vista a impossibilidade geográfica de que estes construíssem uma rede própria de tratamento em seus territórios, tanto por características geológicas quanto ambientais.

A controvérsia entre o Município de Austin e os ambientalistas se estendeu de 1992 a 1999, tendo começado quando, em novembro de 1992, a Prefeitura planejou construir uma linha de esgoto de pouco mais de um quilômetro de extensão passando por dentro do Parque Zilker e da região do riacho Barton. Na audiência pública convocada para discutir a proposta, dúzias de cidadãos compareceram para se opor ao projeto. Um dos jornais locais estampou a controvérsia em uma página inteira, com um artigo a favor e outro contrário ao projeto.

Os opositores viam o projeto como fonte de riscos e danos ambientais adicionais para os mananciais de água da região, pois incentivariam a realização de novos empreendimentos. Além disso, não aceitavam que a linha atendesse áreas situadas fora dos limites de Austin utilizando recursos do erário do Município.

Os proponentes sustentavam, de sua parte, que a estrutura existente estava no limite e que havia o iminente risco de que o esgoto vazasse para os cursos d'água da região. Afirmavam também que as áreas onde se instalaria a infra-estrutura já estavam urbanizadas e que nem toda a bacia do riacho Barton seria atendida.

A Câmara Municipal aprovou o projeto, em apertada votação (4X3) e os ambientalistas que se opunham, de imediato, ajuizaram uma ação contra o Município e

reclamações administrativas junto aos órgãos estaduais de proteção das águas e dos sítios arqueológicos (o Parque Zilker contém sítios em seus limites). A ação judicial não teve sucesso, mas as reclamações administrativas foram capazes de paralisar a construção.

Com a mudança de legislatura (1993), novos vereadores foram eleitos e a Câmara cancelou a decisão anterior de aprovar o projeto (para o qual havia destinado USD 2,65 milhões) e decidiu destinar USD 1,2 milhão para a realização de um estudo sobre alternativas de tratamento de esgoto na região.

O estudo contratado pela Prefeitura foi concluído em 1996, tendo realizado o monitoramento do real fluxo de esgoto na região (e não simples estimativas baseadas no número de unidades domiciliares). Descobriu-se que, embora a estrutura existente fosse antiga (40 anos) e necessitasse de manutenção, ela era suficiente para atender à demanda na época, de modo que não havia emergência na expansão da rede.

Ficou definido, a partir daí, que deveria haver participação pública desde o início da elaboração do projeto, pois não havia apenas questões técnicas envolvidas, mas também questões de planejamento do desenvolvimento territorial urbano e de proteção ambiental.

Assim, a Prefeitura decidiu contatar o CPPDR para facilitar este processo de construção de consenso na comunidade. O CPPDR destinou uma pessoa de sua equipe, Mina Brees, a trabalhar, em conjunto com o grupo de trabalho encarregado do projeto na Prefeitura, na elaboração de uma lista de potenciais participantes do processo de construção de consenso. Durante dois meses, este grupo entrevistou estas pessoas, indagando: a) seus interesses; b) suas recomendações quanto à inclusão de outros participantes; c) sua disposição de participar do processo. A conclusão foi de que todos os principais grupos interessados manifestaram disposição de participar, expressando interesse em ouvir os demais, em resolver o problema e em dedicar seu tempo ao processo. Cada grupo, via de regra, escolheu seu próprio representante. Alguns deles pediram para indicar mais de uma pessoa como representante, o que foi aceito, desde que, em caso de votação, o grupo tivesse somente um voto. Definiu-se que a Câmara Municipal de Austin, que teria poder de aprovar o acordo, não participaria do processo. Planejou-se um processo que duraria de dez a doze semanas e a Câmara destinou USD 10 mil para pagar pelos serviços do facilitador.

O grupo definido incluiu: - três entidades ambientalistas, representadas por quatro pessoas; - dois representantes do setor imobiliário; - o Prefeito e mais um morador do

Município de Rollingwood; - o Prefeito e um vereador do Município de West Lake Hills; - órgãos públicos de Austin com competência ou interesses na área, representados por seis pessoas.

Para a seleção do facilitador, o CPPDR indicou dez possíveis mediadores qualificados, aos quais foi fornecida uma lista de suas atribuições. Um grupo de participantes voluntários, então, entrevistou os dez candidatos durante dois dias, e escolheu Robena Jackson como facilitadora. Mina Breees, do CPPDR, atuaria como co-facilitadora.

As reuniões se realizaram com periodicidade semanal, tendo iniciado no final de maio de 1997. No início de agosto, tendo se esgotado o cronograma previsto, o grupo solicitou à Câmara a destinação de mais recursos a fim de que pudesse continuar se reunindo, o que foi aprovado. O grupo continuou os trabalhos por mais dois meses (até o início de outubro).

O processo de mediação propriamente dito se desenrolou em quatro fases: a) educação/informação sobre as questões envolvidas; b) apresentação de pontos de vista pelos grupos participantes; c) debates propriamente ditos; d) apresentação dos resultados para o público em geral.

O escopo do processo foi definido como: “1) estabelecer os critérios que deveriam nortear as decisões do Município quanto à elaboração de projetos e realização de gastos em seu sistema de tratamento de esgoto: que propriedades serão atendidas, em que condições, que melhorias precisam ser feitas e quem vai pagar por elas; 2) superar as divergências e desconfiança geradas no âmbito desta controvérsia.” O resultado esperado era: “um conjunto de recomendações para a Câmara de Vereadores acerca de quais áreas seriam atendidas pelo sistema de esgoto situado na região dos riachos Barton e Eanes, e a natureza das instalações de longo prazo que fornecerão este serviço (que melhorias, se algumas, deveriam ser feitas).”

Iniciado o processo de mediação, o grupo aprovou, em sua primeira reunião, os seguintes protocolos de conduta, que partiram de uma proposta das facilitadoras: a) cada participante teria sua vez de se manifestar e não interromperia os demais quando estivessem se manifestando; b) seriam formuladas perguntas apenas para buscar esclarecimentos ou obter maiores informações, nunca para desafiar ou intimidar as outras partes; c) todos evitariam assumir posições irrevogáveis ou não-negociáveis; deveria buscar-se atender aos interesses de todo o grupo. Outras regras aprovadas conjuntamente versavam sobre: horário e duração das reuniões (geralmente, início da noite, com três horas de duração); questões de frequência dos

participantes; atas das reuniões; informações ao público sobre o processo. Ficou definido que a realização das reuniões não seria amplamente divulgada, mas, se a imprensa ou observadores comparecessem, sua presença seria permitida e eles seriam apresentados ao grupo, desde que se comprometessem a respeitar as regras do processo e só se manifestassem se autorizados pelo grupo; em alguns momentos, eles também poderiam ser solicitados a se retirar.

Um dos jornais locais deu cobertura ao processo e as facilitadoras, em vários momentos, redigiram informativos para enviar a órgãos interessados, como Vereadores e a agência municipal de saneamento.

Na fase educativa, que durou várias sessões, vários funcionários da agência municipal de saneamento estiveram presentes. Na fase de apresentação para o grupo dos interesses defendidos por cada grupo, todos eles tiveram prévias sessões privadas com as facilitadoras. Na fase dos debates propriamente ditos, o grupo decidiu focar, primeiro, na definição da amplitude dos serviços de esgoto a serem fornecidos pelo Município de Austin e, somente depois, passar a discutir as instalações apropriadas para tal fim.

O grupo definiu doze opções possíveis e acabou identificando que duas delas tinham mais apoio que as demais. Assim, pediu à agência municipal de saneamento que apresentasse planos (incluindo custos) para expansão ou melhoria das instalações que atendessem a estas duas opções. Uma divergência principal persistia, porém: a discordância dos ambientalistas de que houvesse qualquer expansão dos serviços.

Um dos representantes de Rollingwood, Município cujo território estava situado exatamente sobre o aquífero Edwards, um dos mananciais de água da região, sugeriu que fosse construída uma estação de reutilização de água no Parque Zilker, sendo que a água tratada seria usada para irrigá-lo – o que foi prontamente aceito pelos ambientalistas. Note-se que um especialista no assunto que observava às reuniões já havia feito essa sugestão antes.

Como ainda havia, contudo, pequenas divergências entre os ambientalistas, as facilitadoras se reuniram com eles em separado. A proposta dali surgida foi que a estação de reutilização de água deveria ser localizada em Rollingwood, não no Parque Zilker. Esse grupo começou a trabalhar, então, no esboço de um projeto dessa estação. O problema que surgiu em seguida foi a falta de destinação para a água reciclada, pois não havia demanda suficiente para ela na área, de acordo com o tamanho da estação projetada. O representante



da agência municipal, então, propôs um plano para uma estação menor, que poderia ser expandida no futuro, plano que apresentava ainda algumas dificuldades técnicas. Em seguida, o Município de West Lake Hills e um outro bairro de Austin aumentaram suas demandas de tratamento de esgoto.

Com o aumento das divergências, o grupo deixou de se reunir por um mês e, nesse meio tempo, as facilitadoras e a agência municipal trabalharam no esboço de um documento que contivesse os pontos onde já se alcançara consenso, confirmando cada um deles com os diferentes grupos e constatando que havia muito mais pontos de convergência que de divergência. Este documento foi aprovado na reunião seguinte. Assim mesmo, o grupo já estava cansado, de modo que, uma semana depois, ocorreu a última reunião, onde foram listados os pontos sobre os quais não havia consenso.

Os pontos de consenso foram: a) a demanda de cada um dos Municípios vizinhos; b) a construção de uma estação que permitisse a reutilização da água proveniente do esgoto, cujos resíduos iriam para o sistema de esgoto de Austin; c) a construção de um canal de esgoto ligando a rede existente em Austin a essa estação; d) os custos de construir e operar essa nova estação seriam rateados de forma equitativa entre os Municípios de Austin, Rollingwood e West Lake Hills e estes últimos arcariam com os custos adicionais de coleta e estações de tratamento dentro de seu território. Os ambientalistas, porém, pretendiam que a solução proposta fosse submetida à votação da população de Austin.

O relatório final foi, em seguida, apresentado aos diversos órgãos locais, estaduais e federais com competência na matéria e recebeu apoio de todos eles. Em dezembro, o grupo se reuniu mais uma vez para receber notícias acerca da revisão pública do relatório. Em fevereiro de 1998, a Câmara de Austin aprovou o relatório por unanimidade e autorizou o Município a iniciar as negociações com os Municípios vizinhos para viabilizar sua implementação.

Nos seis meses seguintes, Austin discutiu a implementação das recomendações do relatório com os Municípios de Rollingwood e West Lake Hills. Um outro ente público entrou nas discussões a partir de então, a Lower Colorado River Authority (LCRA), que poderia vir a ser uma financiadora do projeto.

No meio tempo, os dois Municípios menores contrataram a mesma empresa de consultoria que havia feito o estudo técnico inicial para Austin e, junto com a LCRA, apresentaram três propostas quanto às instalações: a) a construção de uma estação de

tratamento e reutilização da água, que despejaria seus resíduos no sistema de esgoto de Austin (solução prevista no relatório); b) construção de uma estação independente, de responsabilidade apenas dos Municípios de Rollingwood e West Lake Hills, que não despejaria os resíduos no sistema de esgoto de Austin, mas sim no Lago Town, em Austin, se obtivesse a licença ambiental necessária para tal fim; c) despejar todo o esgoto, sem tratamento, diretamente no sistema de esgoto de Austin.

Em Rollingwood, havia dificuldade em selecionar um local para a estação, pois o Município só conseguira identificar um lugar com metade da área necessária. A construção da estação acabou se revelando inviável também pela ausência de demanda para utilização da água tratada, de modo que os gestores de Austin começaram a aceitar a ideia de tratar o esgoto dos dois Municípios, desde que estes adotassem medidas claras para reduzir o fluxo de resíduos gerados, redução do consumo de água, monitoramento dos usuários e conservação dos cursos d'água.

O acordo de Austin com Rollingwood aconteceu em seguida, mas ainda demorou mais um ano para se chegar a um acordo com West Lake Hills (que tinha uma demanda três vezes maior), até que se encontrasse uma solução técnica aceitável. As entidades ambientalistas aprovaram o acordo celebrado com Rollingwood, até porque o solo rochoso do Município não se prestava sequer à construção de fossas sépticas.

No caso de West Lake Hills, Austin não queria que a concordância em atender à demanda atual levasse a um futuro aumento na demanda, já que este Município oferecia maior potencial para crescimento do que o outro – muito embora seu Prefeito afirmasse não haver nenhuma intenção de alterar as restrições presentes na legislação urbanística vigente. Por tal razão, Austin não queria fazer um acordo igual ao que foi feito com Rollingwood, que já tinha seu território todo construído. Entretanto, o sistema de fossas sépticas existente em West Lake Hills trazia sérios riscos de contaminação do lençol freático, prejudicando a todos os Municípios da região, de modo que uma solução tinha que ser encontrada.

Foi então que surgiu uma solução técnica adequada, identificada por dois assessores de dois Vereadores de Austin, finalmente tornando o acordo possível. Pelo acordo firmado, o Município de West Lake Hills disponibilizaria para Austin seus registros de informações sobre o serviço de esgoto e arcaria com os gastos de infra-estrutura necessários para dispor do sistema de tratamento de esgoto de Austin.

Ambos os Municípios pagariam a Austin, respectivamente, USD 200 mil e USD 600 mil para investimentos nas melhorias de seu sistema de esgoto.

Note-se que, neste caso, embora tenha sido alcançado acordo durante a mediação, o cumprimento deste acabou se demonstrando parcialmente inviável (sob o ponto de vista técnico), mas o processo serviu para: a) construir confiança e canais de comunicação entre as partes; b) gerar conhecimento e compreensão sobre as questões controvertidas; c) realizar o diagnóstico do problema, a partir da definição de um limite para a demanda dos outros dois Municípios; d) definir as bases para o diálogo que levou ao acordo final.

A análise do caso permite apontar nele as seguintes limitações: a) informações técnicas relevantes (como as pertinentes ao tipo de solo de cada Município) não foram utilizadas desde o princípio; b) estudo técnico realizado antes do processo foi incompleto, pois somente levantou a demanda e a capacidade da estrutura existente, mas não explorou as alternativas de solução de forma consistente, e não foi devidamente complementado durante a mediação; c) alguns órgãos públicos que tinham competência para viabilizar a implementação do acordo (como a LCRA) somente foram incluídos no processo na fase de implementação, quando deveriam ter participado desde o início.

#### **4.1.3 Revitalização da região leste de Austin**

Este estudo de caso foi realizado por Writer Mott, como parte da pesquisa realizada para seu trabalho de conclusão de curso na graduação em Direito e no Mestrado em Public Affairs, realizados na Universidade do Texas.

O processo de mediação se desenvolveu no ano de 1997, por solicitação do Prefeito recém-eleito de Austin, para viabilizar a implementação de um projeto de revitalização urbana, cultural e comercial na região leste do Município, que havia atravessado um longo período (desde o final da década de 70) de declínio econômico e negligência urbana. O Poder Legislativo municipal já havia aprovado a destinação de recursos provenientes de um empréstimo federal ao projeto (USD 9 milhões e 35 mil), mas diversos setores da comunidade e a Prefeitura não concordavam sobre o foco que deveria ser dado ao processo de revitalização. Vários investidores privados também já haviam se comprometido a destinar recursos ao projeto (o Frost Bank, por exemplo, pretendia emprestar USD 3 milhões para negócios e moradias na região), mas o conflito estava deixando o plano paralisado.

A região se caracterizava por: - grande presença de população afro-americana, porém com alguns focos também de população de origem hispânica; - alta criminalidade; - pobreza; - queda de investimentos e fechamento de negócios.

Os objetivos da revitalização, segundo o Município, eram: - encorajar investimentos privados e crescimento econômico na área, mantendo e construindo moradias a preços acessíveis; - restaurar a atmosfera cultural vibrante que existia na região antes do declínio.

O ponto nodal de conflito era quem controlaria a gestão do projeto, pois esta havia sido atribuída pelo Município a uma associação criada em 1995, por um Vereador, para ajudar o Município a desenvolver e administrar o plano de revitalização. Tratava-se da ARA, Austin Revitalization Authority.

A comunidade apresentava sérias objeções à gestão do projeto da forma como ela estava posta, pois os membros da Diretoria da ARA e a equipe encarregada da elaboração do projeto eram pessoas externas à comunidade, algumas até de fora do Estado.

A comunidade também temia que o foco na expansão de investimentos privados iria solapar as intenções de manter e construir moradias a preços acessíveis na região. Havia, inclusive, rumores de que alguns membros da Diretoria da ARA estariam especulando com imóveis na área. Discordava, ainda, dos tipos e tamanhos dos novos edifícios previstos no projeto, bem como enfatizava a importância de se proteger prédios e locais de importância histórica e cultural.

A ARA, de seu turno, havia propiciado várias oportunidades para a comunidade se manifestar: audiências públicas; espaço para manifestação de líderes comunitários em reuniões da Diretoria; divulgação de informações e espaço para manifestações em seu *website*; divulgação de um informativo sobre o projeto; recebimento de manifestações por *e-mail* e telefone. Estes esforços eram vistos pela comunidade como claramente insuficientes. O vereador que criara a ARA e que resistia às propostas de alteração na Diretoria que propiciassem maior representação da comunidade não foi reeleito em 1997.

Embora o conflito se estendesse ao mérito do projeto, o novo Prefeito identificou que o principal ponto a ser resolvido era a questão da representatividade da comunidade na gestão da ARA. Ele procurou então o CPPDR e definiu como escopo de um processo de mediação, que se desenvolveria em apenas oito semanas (incluindo a fase de avaliação do conflito) e consistiria de apenas três sessões públicas de mediação, a definição dos membros das

Diretoria da ARA e suas respectivas atribuições. Os objetivos seriam: - permitir a aplicação dos recursos destinados ao projeto; - garantir maior representatividade da Diretoria; - aproveitar as iniciativas já existentes na área; - aprimorar mecanismos de participação da comunidade; - definir vários usos para as propriedades na região, que atendessem a todas as demandas identificadas.

O CPPDR identificou dois mediadores que tinham experiência em questões urbanas e comunitárias, Robena Jackson e Tom Forbes, sendo que a primeira também era familiar com a região. Designou também três mediadores de sua equipe para trabalhar com os dois mediadores que poderiam ser contratados na fase de avaliação do conflito. Para tal fim, foram realizadas 54 entrevistas, num período de duas semanas, nas quais se explicava aos entrevistados a dinâmica do processo de facilitação e se buscava saber deles: - os interesses e posições de cada um na controvérsia; - a disposição de participar de um processo de mediação; - sua avaliação da imparcialidade de Jackson e Forbes, possibilitando sua atuação como mediadores.

Os entrevistados avaliaram positivamente os mediadores e a utilização do processo, sendo que foi definido um grupo de 28 participantes do processo de mediação, composto por: - um representante da Câmara de Comércio local; - um representante da Câmara de Comércio hispânica; - três proprietários que também moravam na região; - três comerciantes da região; - três representantes da associação de moradores de Robinson Hill; - um representante da associação de moradores de Suede Hill; - um representante da associação de moradores de Kealing; - um representante da associação de moradores de Chestnut Hill; - um representante da associação de moradores de Blackshear; - quatro representantes de diferentes igrejas situadas no bairro; - três representantes de uma corporação de desenvolvimento comunitário; - três representantes de mais três entidades sem fins lucrativos; - dois representantes da ARA. Participaram como observadores funcionários do gabinete do Prefeito e assessores de dois Vereadores.

Em sua primeira reunião, o grupo definiu como seus objetivos: - definir as “regras do jogo” a serem seguidas durante a mediação; - desenvolver princípios que guiariam o processo de revitalização; - a partir destes princípios, definir a entidade e o processo de condução da revitalização.

No que tange às regras do jogo, houve dois principais focos de atenção do grupo: a) a definição de consenso; b) a definição do formato e teor dos contatos com a imprensa.

A definição de consenso adotada foi a proposta pelo CPPDR:

[...] consenso é alcançado quando todos os participantes concordam que seus interesses foram levados em consideração e tratados de forma satisfatória e que, dada a combinação de ganhos e compensações, as circunstâncias vigentes e as alternativas disponíveis, o acordo resultante é o melhor que o grupo é capaz de conseguir.

Sobre os contatos com a imprensa, ficou definido que cada um dos participantes limitaria o teor de seus comentários a seus próprios pontos de vista, sem comentar afirmações feitas por outros membros do grupo durante as sessões.

Na primeira sessão, cada participante também teve a oportunidade de expressar seus objetivos e preocupações subjacentes ao processo de revitalização. Os facilitadores listaram estes objetivos e preocupações e os leram para todo o grupo.

Entre as reuniões, os facilitadores tiveram sessões privadas com cada participante e também com alguns grupos de participantes, a fim de identificar pontos de potencial concordância e questões que precisavam ser mais trabalhadas para se chegar a uma possível solução.

Na segunda sessão, foram discutidos os princípios que guiariam o processo de revitalização e o formato da entidade gestora.

Na terceira sessão, definiu-se por consenso que a ARA poderia conduzir o processo, desde que a composição de sua Diretoria fosse revista. Não se alcançou, porém, consenso quanto a esta composição, então o grupo deliberou, após proposta dos facilitadores, que deveria haver uma quarta sessão.

Na quarta e última sessão, foram formuladas duas propostas, nenhuma das quais previa a remoção dos atuais membros da Diretoria da ARA: - a proposta A, apresentada pela ARA, propunha acrescentar cinco novos membros à Diretoria (um representante das igrejas e quatro de associações comunitárias); - a proposta B, apresentada pelos grupos comunitários, que pleiteava, além desses cinco membros, mais três membros de associações comunitárias e um de uma cooperativa de crédito.

Os facilitadores tiveram, então, uma sessão privada com os representantes da ARA para verificar se eles estariam dispostos a aceitar a proposta B.

Como não houve aceitação, os facilitadores concluíram o processo e agradeceram a participação de todos.

Na avaliação dos resultados obtidos, foi possível perceber que muitos membros da comunidade ficaram decepcionados pelo fato de não se ter logrado obter consenso, já que eles esperavam que o processo fosse capaz de gerar a reestruturação da ARA. Para a ARA, o processo representou uma oportunidade de demonstrar à comunidade que a Diretoria efetivamente representava seus interesses. Para a Prefeitura, por fim, o processo foi um sucesso, pois lhe forneceu uma compreensão mais clara dos objetivos do processo de revitalização e de quais os interesses em jogo.

Como dificuldades identificadas no processo, o autor do estudo de caso aponta: - tempo demasiado curto para concluir os trabalhos – o conflito já estava acirrado há alguns anos e o prazo fixado pelo Prefeito não permitiu extirpar diferenças e explorar alternativas, nem que os facilitadores tivessem muitas sessões privadas.

Como pontos positivos, os participantes relataram que a presença dos facilitadores foi bem aceita por todos os lados como forma de propiciar um ambiente inclusivo e equânime. Também foi benéfico o fato de que se conseguiu reduzir a animosidade existente, esclarecer os interesses em jogo e estreitar os pontos de divergência e chegar a um consenso sobre que tipo de desenvolvimento se pretendia, bem como de que a composição da Diretoria da ARA precisava ser mais representativa.

Em fevereiro de 1998, poucos meses após o encerramento da mediação, a Câmara Municipal de Austin decidiu reestruturar a Diretoria da ARA para incluir mais representantes da comunidade. Deliberou-se incluir doze novos membros e remover um dos já existentes. Estes treze novos representantes seriam todos os nove constantes da proposta B, mais um representante das corporações de desenvolvimento comunitário (com viés de preservação histórica), um do setor imobiliário e mais duas igrejas.

A grande lição obtida no processo é que, mesmo não alcançado consenso, as informações levantadas e pontos de convergência obtidos podem ser utilizados e o diálogo pode prosseguir.

#### **4.1.4 Regras para credenciamento de leitos incluídos no sistema de saúde pública por instituições de saúde**

Também este estudo de caso foi realizado por Writer Mott e incluído em sua dissertação de Mestrado (2001).

O processo se realizou durante o segundo semestre de 1997 e envolveu a primeira elaboração negociada de regulamentos administrativos após a promulgação da lei que criou esta possibilidade no Estado do Texas.

O objeto da negociação era a elaboração de regras para descredenciamento e realocação de leitos em instituições participantes do sistema público federal de saúde destinado a pessoas de baixa renda e deficientes (Medicaid).

A regra deveria ser elaborada pelo Department of Human Services (DHS) do Estado do Texas e este definiu que o processo de negociação duraria três meses, buscando alcançar consenso entre os grupos interessados no tema sobre o conteúdo da norma. Como se verá, o resultado pretendido foi integralmente alcançado.

O pano de fundo do conflito era o seguinte: a oferta de leitos destinados ao atendimento de pacientes do sistema Medicaid gera maiores chances de recebimento de recursos federais por parte das instituições de saúde que os oferecem, a partir de sua efetiva utilização. As instituições que não disponham desses leitos são obrigadas a recusar pacientes do sistema, enquanto as que estão com leitos vazios se recusam a abrir mão deles porque querem ter a chance de preenchê-los e sua disponibilidade facilita a obtenção de crédito. Ao mesmo tempo, a solicitação de novos leitos por parte das instituições que estivessem com demanda superior ao número de leitos disponíveis somente poderia ser atendida quando a taxa de ocupação fosse superior a 90% por seis meses. Além disso, havia uma prática corrente entre as instituições de reservar leitos ociosos que pudessem ser utilizados por pacientes particulares que, a partir de certa altura, não dispunham mais de recursos para custear o tratamento e precisavam recorrer ao Medicaid. Esse sistema gerava leitos ociosos em algumas instituições, e sua ausência em outras mesmo quando havia necessidade.

Em 1997, uma nova legislação estadual determinou que o DHS criasse procedimentos para: a) controlar o número de leitos em cada instituição; b) descredenciar leitos não-



utilizados; c) realocar os leitos descredenciados em outras instituições. Para este fim, deveria ser levada em conta a taxa de efetiva utilização de tais leitos.

O DHS procurou o CPPDR, que havia coordenado a elaboração da lei sobre elaboração negociada de regulamentos administrativos, para ajudar a coordenar o processo. Na fase de avaliação do conflito, um funcionário da própria agência, que havia participado do processo de elaboração da lei referida, foi quem fez as entrevistas.

As partes interessadas em participar da criação do novo regulamento administrativo do DHS eram: - instituições de saúde com fins lucrativos; - instituições de saúde sem fins lucrativos; - instituições de usuários; - o DHS. Foi formado então um grupo com dez pessoas, provenientes destas categorias. O CPPDR forneceu uma lista de possíveis facilitadores para o DHS, dos quais foram escolhidos dois: Tom Reavley (advogado e mediador) e Andy Bowman, do próprio CPPDR.

O conflito se resumia a: a) como resolver a demanda de “reserva de leitos” para pacientes que começavam o tratamento na condição de particulares e precisavam, a partir de certa altura, recorrer ao Medicaid; b) quais os critérios para descredenciamento e realocação de leitos: qual a taxa de ocupação exigida e que outros critérios deveriam ser considerados (como a qualidade no atendimento).

Participaram do processo como “observadores” assessores de parlamentares e do Governador, os quais puderam, no entanto, ter contatos com os participantes e se manifestar durante o processo, assim como alguns credores das instituições de saúde e mais uma entidade representativa das instituições com fins lucrativos.

O início do processo foi noticiado na imprensa e as reuniões eram abertas ao público, tendo sido realizadas ao todo oito reuniões.

Na primeira sessão, realizou-se a aprovação dos facilitadores escolhidos, definiram-se objetivos e prazos para o desenvolvimento do processo e foram aprovadas as regras de conduta para o processo (a partir de proposta dos facilitadores): - definição de consenso; - se houvesse necessidade de alterações no conteúdo da regra após a fase de comentários do público, o grupo se reuniria novamente; - se não fosse alcançado consenso, o DHS levaria em conta, de qualquer modo, as deliberações do grupo; - deveria haver 100% de frequência do mesmo representante de cada grupo; - o público em geral somente podia assistir, mas não se manifestar; - qualquer membro do grupo poderia se retirar do processo a qualquer tempo e o

grupo decidiria o que fazer se isso ocorresse; - nenhum dos participantes poderia comentar publicamente a posição de outro(s) participante(s). Um dos representantes das entidades que representavam instituições de saúde levantou dois pontos: a) ele não poderia comprometer outras entidades que não a sua própria; b) ele não assumiria compromissos no que dissesse respeito à constitucionalidade da regra (questões de propriedade dos leitos, por exemplo). O grupo aceitou as objeções.

Em seguida, passou-se à identificação dos interesses em jogo: 1 – para os usuários, assegurar o seu bem-estar e acesso adequado aos leitos; 2 – para as instituições, assumir o impacto financeiro de eventual descredenciamento (principalmente no que se referia a dívidas já assumidas); 3 – para o DHS, ser visto como imparcial e criar regras que fossem fáceis de administrar e evitar conflitos administrativos e judiciais.

O primeiro ponto de consenso foi alcançado já na primeira reunião: toda instituição deveria ter direito a leitos adicionais toda vez que um paciente particular precisasse se mudar para o Medicaid, o que eliminaria a necessidade prática de manter leitos ociosos reservados para esse tipo de situação.

Já para as demais regras, referentes ao descredenciamento e realocação dos leitos, o consenso foi bem mais custoso, mas foi alcançado ao final: a) cada instituição poderia destinar até 10% de seu número total de leitos ao Medicaid; b) para desfrutar do atendimento pelo sistema Medicaid, os pacientes precisavam ser residentes há pelo menos seis meses; c) instituições que sofreram sanções relacionadas à qualidade dos serviços poderiam perder seus leitos; d) se a taxa de ocupação fosse inferior a 70% durante um certo período de tempo, determinado número de leitos seria descredenciado; e) para pedir novos leitos, a taxa de ocupação deveria ser de, no mínimo, 90% por um certo período de tempo e o aumento não poderia superar 10% do número já existente de leitos.

Diante do consenso alcançado, nenhuma das regras jamais foi questionada, nem na esfera administrativa, nem na judicial – o que era uma raridade entre os regulamentos administrativos do DHS.

Entre as dificuldades do processo, o autor do estudo apontou: a) alguns grupos deveriam ter sido incluídos como participantes desde o início, não apenas como observadores ao final; b) houve uma participação inconstante de diferentes funcionários da DHS nas reuniões; c) houve necessidade de grande investimento de tempo no processo.

Como pontos positivos do processo, apontou-se: a) equilíbrio na composição do grupo; b) escopo bem definido; c) inclusão de observadores do processo que podiam se manifestar durante o seu curso, ainda que isto não estivesse claramente previsto nas regras de conduta inicialmente aprovadas.

## **4.2 Casos relatados pela Policy Consensus Initiative<sup>321</sup>**

A Policy Consensus Initiative é uma associação de centros estaduais que visam ao intercâmbio de experiências e ao compartilhamento de diretrizes na resolução de controvérsias envolvendo entes públicos, sendo a maioria deles baseados em Universidades, e abrangendo centros situados em mais de trinta Estados americanos. São justamente estes centros que fornecem os estudos de casos que são em seguida compartilhados com todos os demais integrantes da entidade.

### **4.2.1 Moradias para crianças carentes no Estado de Washington**

Com o aumento do número de pessoas sem moradia no Estado de Washington, defensores de crianças desabrigadas começaram a pretender que o Estado assumisse o papel de fornecer moradia a estas crianças e suas famílias. Eles interpretavam uma lei dos anos 30 que determinava o fornecimento de moradia a crianças desabrigadas como significando que a agência de serviço social do Estado tinha o dever de atender essa necessidade. A agência entendia que a velha redação da lei se aplicava apenas a crianças órfãs e argumentava que o Poder Legislativo não a proveu de recursos para fornecer moradia a crianças desabrigadas e suas famílias. O assunto foi levado ao Judiciário e o juízo de primeira instância decidiu em favor dos defensores das crianças, sendo que a decisão foi confirmada pela Suprema Corte do Estado por uma margem apertada de um voto.

A agência de serviços sociais e a agência que agora detinha competência acerca de moradia para famílias sem-teto começaram a trabalhar num plano para cumprir a decisão, mas uma série de dificuldades emergiram. A agência decidiu então pedir a um mediador que assistisse o grupo, formado pelas agências, defensores dos sem-teto, membros do gabinete do Governador e outros gestores locais. Antes mesmo de alcançar consenso completo quanto ao

---

<sup>321</sup> Fontes: publicações da PCI constantes das referências bibliográficas (1999 e 2007).

plano, as partes desenvolveram consenso suficiente para obter recursos e regras preliminares quanto à abrangência do programa por parte do Poder Legislativo. Eles então prosseguiram no detalhamento do plano, alcançaram consenso e relataram o cumprimento integral da decisão ao Poder Judiciário.

Este caso ilustra como, muitas vezes, em um conflito que envolve uma política pública ausente ou insuficiente, o Judiciário pode decidir algumas questões de princípio, remetendo as partes à mediação, porém, para que estas cheguem a um consenso sobre a forma de implementação da decisão.

#### **4.2.2 Elaboração de uma nova Lei Orgânica para o Município de Chelsea, em Massachusetts**

O Município de Chelsea, em Massachusetts, fica logo ao norte de Boston e tem uma população de cerca de 28 mil habitantes, provenientes de diversos grupos migratórios. No início da década de 1990, a cidade tinha um débito de USD 10 milhões e foi objeto de intervenção em razão de gestão financeira inadequada e corrupção entre gestores locais. Em 1994, foi definido que a cidade deveria elaborar uma nova Lei Orgânica. Depois de uma tentativa mal-sucedida de elaborá-la, devido à complexidade das questões a serem discutidas, número de partes interessadas e ao passado recente de Chelsea, o interventor e a Câmara Municipal decidiram buscar ajuda de um facilitador independente.

O interventor envolveu vários membros da Câmara Municipal no processo de escolha do facilitador. Depois que foi escolhida a facilitadora, ela foi indagada sobre se um processo de construção de consenso poderia ser utilizado para elaborar um projeto de Lei Orgânica que seria submetido à população para aprovação. Ela passou então a entrevistar as lideranças locais para descobrir como eles encaravam a situação do Município. Quando as entrevistas para avaliação do conflito terminaram, foi elaborada uma lista com 70 participantes potenciais. Os patrocinadores do processo decidiram, então, em conjunto com a facilitadora, que esta lista deveria ser reduzida para 20 participantes. Três pessoas com a mais alta reputação na comunidade foram convidadas para ajudar na seleção dos participantes, formulando critérios para tal fim e procedendo a escolha, de maneira que fosse assegurada de alguma forma a participação dos políticos locais e dos diversos grupos étnicos que compunham a população. Quando eles completaram o trabalho, a lista foi publicada no jornal

local e a população foi convidada a se manifestar caso entendesse que algum grupo ou interesse importante não estava adequadamente representado. Ninguém se manifestou.

A Câmara Municipal deixou claro para o Comitê de vinte pessoas que, se eles alcançassem consenso sobre a redação da Lei Orgânica, a Câmara submeteria o projeto sem qualquer mudança à votação da população. O Comitê alcançou consenso, a Câmara submeteu o texto à população e esta o aprovou.

#### **4.2.3 Gestão de tratamento de esgoto e planejamento urbano em Utah**

Em 2003, uma disputa entre o Município de Draper, em Utah, e o Distrito Metropolitano de Gestão da Água de Salt Lake City (capital do Estado) chegou até o Poder Legislativo daquele Estado. O Distrito havia adquirido um terreno para construir uma estação regional de tratamento de esgoto dentro do Município de Draper, mas, de acordo com o zoneamento municipal, aquela era uma zona de uso comercial, não sendo permitida a construção de tal estação. Tratava-se de uma área situada num entroncamento ao longo da rodovia mais movimentada de Utah e a propriedade era vista como tendo grande potencial para gerar expansão de atividades comerciais e, de consequência, aumento de receitas tributárias para o Município de Draper, de modo que este se recusava a alterar o zoneamento para viabilizar a construção da estação planejada.

O Distrito não dispunha de outro local alternativo para construir a estação, então recorreu ao Poder Legislativo para buscar se isentar das exigências da legislação local de zoneamento. A casa legislativa estadual tornou-se então um fórum de pressões de ambos os lados, realizando-se audiências públicas e debates em plenário. Os ânimos se acirraram e o Legislativo se viu numa situação sem uma saída clara, sendo que o projeto de lei apresentado para definir a questão se arrastava a passos lentos. Finalmente, os dois lados acabaram chegando a um acordo pelo qual o zoneamento seria alterado em troca do pagamento de uma vultosa soma ao Município para facilitar a implantação de infra-estrutura.

Conforme se aproximava o fim da legislatura, decidiu-se que o assunto do planejamento para a instalação de estações regionais de tratamento de esgoto merecia mais estudos durante o recesso, a fim de evitar que conflitos como esse reemergissem no futuro.

Assim, foi apresentado um projeto de lei sobre o assunto e formado um grupo de trabalho composto de representantes de Municípios, condados, agências estaduais, distritos especiais, empresas privadas de fornecimento de água e associações de órgãos públicos. Outras partes interessadas também eram bem-vindas.

O grupo se reuniu por quatro vezes nos meses seguintes, discutindo como dar uma solução permanente para conflitos entre governos locais e entidades estaduais no que se refere à instalação de estações regionais. A proposta elaborada consensualmente pelo grupo foi de que qualquer plano que previsse a instalação de tais estações deveria ser previamente comunicado, logo em seu início, a todas as partes interessadas. A proposta foi convertida em lei.

#### **4.2.4 Dragagem de resíduos no rio Columbia, nos Estados de Oregon e Washington**

Em 2002, os governadores de Oregon e Washington pediram ao National Policy Consensus Center (NPCC), localizado na Portland State University, que lhes ajudasse a reunir um grupo de pessoas-chave no governo, no setor de pesca e entidades ambientalistas para lidar com questões polêmicas relacionadas à dragagem de resíduos no rio Columbia.

Um dos maiores desafios existentes era encontrar formas viáveis econômica e ambientalmente de destinar os resíduos provenientes do canal de navegação do rio Columbia. Todos os anos, o U.S. Army Corps of Engineers removia quase 10 milhões de metros cúbicos de resíduos dragados deste canal para manter sua profundidade de 30 metros. Muitos tinham preocupações sobre a manutenção desta dragagem, assim como sobre uma proposta de aprofundamento do canal.

Depois de realizar uma avaliação do conflito, o NPCC reuniu um grupo com representantes de governos locais dos dois Estados, bem como dos dois governos estaduais, do governo federal e de entidades não-governamentais para cuidar do assunto. Foi formada, então, uma entidade inter-governamental permanente, a Lower Columbia Solutions Group (LCSG), composta de representantes dos quatro portos da região, o Army Corps (agência federal que promovia a dragagem), representantes dos governos locais, dos governos estaduais, do setor de pesca e de grupos ambientalistas.

A LCSG foi encarregada de coordenar a política, projetos e pesquisa relacionados à disposição dos materiais oriundos da dragagem e demais sedimentos no rio Columbia. Não se trata do único ente com competência para gerir o assunto, mas de uma estrutura permanente na qual os diversos atores interessados se reúnem para discutir e encontrar soluções colaborativas para os problemas enfrentados. O NPCC assessorou na elaboração do regimento interno desta entidade, bem como na coordenação de suas primeiras reuniões. A entidade, desde a sua criação, já coordenou diversos projetos que definiram a gestão dos resíduos no rio Columbia.

Este estudo de caso ilustra como, por vezes, é preciso construir um novo fórum de caráter permanente para gerir uma questão de interesse coletivo.

#### **4.3 Casos relatados pelo Consensus Building Institute (CBI)** <sup>322</sup>

O Consensus Building Institute é uma entidade sem fins lucrativos situada em Cambridge, Massachusetts, que foi criada pelos professores do Massachusetts Institute of Technology (MIT) que atuavam num centro especializado na resolução de conflitos coletivos por meios consensuais naquela universidade. Trata-se de uma instituição que é referência na matéria não apenas nos EUA, mas também em nível internacional.

##### **4.3.1 Projeto de Gestão Integrada do Abastecimento nos EUA**

A Fundação Kellogg patrocinou, a partir de 2004, um projeto chamado “Farm and Food Policy Project”, que tinha como objetivos: - promover novos mercados para agricultores e o empreendedorismo na agricultura; - promover a viabilidade econômica de pequenas e médias propriedades rurais familiares; - premiar iniciativas ambientalmente corretas; - combater a fome mediante crescente acesso a comida saudável em sistemas comunitários de alimentação.

O projeto reuniu 32 organizações subcontratadas pela fundação, bem como centenas de organizações que trabalharam na construção de um sistema de abastecimento integrado no país durante quatro anos, o que acabou resultando em consenso quanto a 27 de 32 prioridades que foram convertidas em lei. O CBI assessorou lideranças do grupo, bem como facilitou

---

<sup>322</sup> Fonte: <http://cbuilding.org>

diversas reuniões, além de coordenar o processo de avaliação do projeto, a fim de extrair lições para projetos de gestão colaborativa para políticas públicas.

#### **4.3.2 Aprimoramentos no processo de licenciamento de empreendimentos econômicos em Delaware**

O tempo médio de tramitação da licença para um novo projeto de empreendimento no Condado de New Castle, em Delaware, era de 1000 dias. Entretanto, o condado tinha interesse em atrair novos negócios para o seu território, assim como havia diversos interessados em ali se instalarem, em razão da qualidade de vida na região. Assim, na primavera de 2009, os gestores do condado e diversos investidores privados decidiram contatar o CBI e o Delaware Public Policy Institute (DPPI) para desenvolver um processo de diálogo acerca do processo de licenciamento para uso do solo e instalação de novos empreendimentos no condado.

Na fase de avaliação do conflito, o CBI e o DPPI programaram uma série de grupos focais e entrevistas individuais com grupos interessados, a fim de identificar as questões e preocupações mais relevantes, bem como as ideias de cada grupo acerca do problema. Com base nestas conversações, foi possível concluir pela viabilidade de um processo colaborativo.

O diálogo colaborativo que se desenvolveu em seguida contou com a participação de agências do condado, agência estadual de transportes, agência ambiental estadual, gabinete do Governador e diversos empreendedores e organizações comunitárias. O facilitador do CBI, Patrick Field, conduziu o grupo na elaboração de regras de conduta durante o processo, na identificação de interesses individuais e do grupo todo, na identificação e priorização de desafios e na proposta de possíveis soluções para estes desafios.

As dificuldades identificadas foram se tornando claras ao longo do processo: a) os tempos de resposta da agência encarregada do licenciamento eram incertos e poderiam ser reduzidos em alguns casos; b) a revisão dos processos por agências locais e estaduais poderia ser melhor coordenada; c) havia a exigência de licenciamentos múltiplos no que diz respeito à destinação de alguns resíduos ambientais; d) equipe de trabalho insuficiente, com sobrecarga geral de trabalho, e equipe técnica de engenharia de qualidade variável tornavam o processo mais lento.



O grupo desenvolveu uma lista de soluções viáveis para enfrentar os desafios identificados. Os participantes conseguiram concordar com necessidades de aprimoramento no processo no tocante a, por exemplo: a) criação de uma ouvidoria cujo papel seria unicamente lidar com questões de licenciamento; b) solicitação de manifestações da população em geral e das agências estaduais que deveriam se pronunciar desde o início do processo, antes que o empreendedor estivesse muito adiantado no planejamento do projeto para alterar o seu curso; c) criação de reuniões trienais entre os diretores das agências locais e estaduais envolvidas no licenciamento para discutir problemas e gargalos no processo.

Após a conclusão do diálogo colaborativo, os gestores das agências locais e estaduais expressaram seu compromisso de implementar as recomendações do grupo e já começaram a definir uma série de medidas capazes de agilizar o andamento do processo de licenciamento, tal como sua gestão eletrônica, facilitando o acesso simultâneo de várias agências.

#### **4.3.3 Descontaminação de uma região com resíduos tóxicos no Município de Stratford, Connecticut**

Desde o final de 1999, o CBI tem trabalhado com o Município de Stratford, a agência ambiental do Estado de Connecticut e a principal agência federal de proteção ambiental (EPA – Environmental Protection Agency) para identificar medidas que mitiguem os impactos de 50 anos da atuação de indústrias de freios para automóveis que utilizavam amianto na região. Em Stratford, funcionava a indústria Raymark, que deixou um rastro de contaminação de amianto e outros resíduos tóxicos dispersados no território do Município, afetando pequenos negócios, residências e terras inundáveis.

O projeto para descontaminação da região foi custeado pelo EPA e pelo U.S. Institute for Environmental Conflict Resolution, que contataram o CBI e o mediador Greg Sobel, da Environmental Mediation Services, para realizar uma avaliação do conflito. Os vizinhos do local que foi proposto como aterro industrial para consolidar os resíduos provenientes de outras partes da cidade, naturalmente, estavam bastante preocupados com os impactos do local em termos de trânsito, barulho e em especial na saúde dos moradores e se sentiam excluídos do processo decisório.

Após a conclusão da avaliação, no início de 2000, o EPA concordou em reconsiderar sua abordagem do problema e instaurar, juntamente com o Município, um processo colaborativo de gestão do assunto.

A partir de junho de 2000, o comitê instituído para formular recomendações acerca da recuperação do local onde estava instalada a indústria Raymark, composto por moradores e comerciantes da região afetada, bem como líderes comunitários, começou a se reunir mensalmente, tendo contado com a colaboração do Departamento Municipal de Saúde.

Nos primeiros seis meses, com a ajuda dos facilitadores do CBI, o comitê elaborou suas regras de conduta, definiu objetivos-chave, analisou o histórico da saúde pública e dos esforços já realizados para descontaminação do local e decidiu focar na investigação das condições do lençol freático. Nos seis meses seguintes, o comitê analisou diversas empresas de consultoria independentes e selecionou uma delas para realizar um estudo técnico independentemente acerca das alternativas para recuperação do local. A empresa escolhida passou a trabalhar diretamente com a agência estadual ambiental e o EPA para implementar a solução adequada, a um custo que fosse o menor possível, dada a limitação de recursos federais disponíveis. Devido ao fato de que a contaminação do local gerou despesas para diversos pequenos negócios instalados no local sem que estes tivessem qualquer responsabilidade pelo dano ambiental, o comitê e o EPA também se detiveram sobre questões de responsabilidade civil dos poluidores.

#### **4.4 Casos relatados pelo Collaborative Decisions Resources (CDR)<sup>323</sup>**

O Collaborative Decisions Resources é uma instituição sem fins lucrativos situada em Boulder, Colorado, especializada em fornecer treinamentos e prestar serviços de facilitação ou mediação de conflitos de dimensão coletiva. Trata-se de uma entidade cuja atuação também é referência no tema em nível nacional e internacional.

---

<sup>323</sup> Fonte: <http://www.mediate.org>

#### **4.4.1 Força-tarefa para desenvolver uma política de gestão de recursos hídricos em Nebraska**

Em 2002, em razão de conflitos crescentes envolvendo o uso da água no Estado de Nebraska, o Poder Legislativo estadual criou uma Força-Tarefa incumbida de formular recomendações para a política de gestão de recursos hídricos naquele estado. Ela era composta de 49 membros, nomeados pelo Governador, representando vários interesses de diversas regiões do Estado. Os grupos representados eram: órgãos ambientais estadual e locais; empresas de energia elétrica, Prefeituras, grupos de agricultores, setor de atividades recreativas, entidades ambientalistas, setor de irrigação e de fornecimento de água potável, Procuradoria-Geral do Estado, Comissão de Meio Ambiente do Poder Legislativo. A missão da Força-Tarefa era revisar as leis existentes sobre gestão integrada de cursos d'água e lençol freático e identificar mudanças necessárias para facilitar a sua utilização de acordo com as demandas existentes.

Diversas tentativas anteriores de resolver os conflitos entre os usuários de cursos d'água e de água do lençol freático haviam terminado em impasse. Muitos membros da Força-Tarefa estavam bastante pessimistas sobre o potencial do grupo para alcançar resultados positivos. Neste contexto, a organização sem fins lucrativos CDR foi contratada pelo Poder Legislativo para facilitar as atividades da Força-Tarefa.

O primeiro passo dado pelo CDR foi entrevistar cada um dos membros da Força-Tarefa e identificar os pontos considerados relevantes na controvérsia. Em seguida, passou-se a trabalhar de forma bem próxima com o Department of Natural Resources (DNR), de Nebraska, para reunir a Força-Tarefa e estabelecer uma agenda de discussões e identificar pontos de divergência. O DNR trabalhou com Subcomitês da Força-Tarefa a fim de gerar opções de solução para as divergências e redigir o primeiro esboço das recomendações de alterações legislativas. O CDR facilitou os debates acerca de quais os pontos da controvérsia, avaliação das opções de solução propostas por Subcomitês e o desenvolvimento de recomendações para o Legislativo. A imprensa e a população em geral também puderam assistir às reuniões.

Apesar de o cenário se caracterizar por opiniões fortes e posições de forte matiz emocional por parte dos membros da Força-Tarefa e dos grupos que eles representavam, os

facilitadores conseguiram gerar um ambiente de respeito e cooperação entre os múltiplos e variados interesses e, após dezoito reuniões do grupo todo e numerosas reuniões dos Subcomitês, construir, assim, consenso quanto às recomendações. Foi redigido um projeto de lei de 179 páginas que fornecia uma ampla moldura para a gestão integrada de cursos d'água e lençol freático, prevendo alterações de competências e novas espécies de transferência e alocação de recursos hídricos. O projeto foi apresentado ao Governador e ao Poder Legislativo e aprovado sem qualquer emenda em 2004. A Força-Tarefa continua a trabalhar de forma colaborativa na implementação da nova legislação e a servir como um fórum de discussão e avaliação da política de recursos hídricos no Estado de Nebraska.

#### **4.4.2 Mina de ouro Minera Yanacocha no Peru**

Minera Yanacocha, situada em Cajamarca, no Peru, é a maior empresa de exploração de minas de ouro na América Latina. A população local, inicialmente, aceitou de bom-grado a instalação da mina. Contudo, ao longo do tempo, começaram a surgir preocupações de cunho ambiental, econômico e de gestão dos benefícios gerados pela mina, que não eram proporcionais aos riscos decorrentes do empreendimento. A empresa, por sua vez, sustentava que a mina era um benefício econômico para a região e sua operação estava de acordo com altos padrões de proteção ambiental.

Em junho de 2000, um caminhão contratado pela mina derramou mercúrio ao longo de uma estrada que cortava três vilarejos.

No início de 2001, um grupo de pessoas afetadas pelo derramamento apresentou uma reclamação junto à Ouvidoria da International Finance Corporation (IFC - entidade internacional pertencente ao grupo do Banco Mundial que financia empreendimentos que gerem desenvolvimento econômico e social em países subdesenvolvidos), a qual recebe reclamações acerca de impactos ambientais e sociais adversos de projetos financiados pela IFC. A reclamação alegava que a mina não estaria atendendo às recomendações decorrentes de uma investigação feita por uma comissão independente quanto ao acidente. Pouco depois, a Ouvidoria recebeu uma outra reclamação de que a atividade de mina estava causando impactos adversos na água, ar e modo de vida das comunidades adjacentes, bem assim que o desenvolvimento do empreendimento estava ocorrendo sem adequada consulta à comunidade.

A Ouvidoria da IFC contratou o CDR para liderar uma equipe internacional na condução de uma avaliação imparcial do conflito. Em um clima de crescente oposição da comunidade às operações da empresa, caracterizado por protestos, mobilizações e bloqueio de estradas, a equipe de facilitadores viajou ao Peru com o propósito de esclarecer os pontos relevantes da controvérsia, levantar informações e contribuir para a solução do problema.

A estratégia elaborada pela equipe foi: a) mapeamento e avaliação dos grupos interessados ou afetados; b) desenvolvimento de uma mesa de diálogo como peça central de um processo que levasse ao consenso acerca da solução do problema; c) estruturação de um estudo técnico participativo sobre as condições da água na comunidade; d) implementação de um programa de construção de capacidade com cada um dos grupos interessados ou afetados a fim de prepará-los para o diálogo coletivo. Para atender a este último objetivo, a equipe forneceu treinamento para todos os membros da Mesa em técnicas de comunicação efetiva, solução de problemas de forma colaborativa, negociação baseada em interesses e mediação. Além disso, os consultores técnicos trataram de traduzir para todos os participantes os termos técnicos e questões complexas envolvidas no estudo técnico a ser realizado, de forma a permitir a compreensão do processo por todos.

Os grupos que participaram da Mesa de diálogo foram: a empresa Minera Yanacocha; a IFC e o Banco Mundial; representantes de agências governamentais federais e dos governos locais; organizações comunitárias; entidades ambientalistas locais, igrejas, instituições acadêmicas; câmara de comércio local.

Após uma série de discussões, os participantes da Mesa selecionaram dois assuntos como prioridades: a) o impacto da mina na qualidade e quantidade da água; b) a saúde das vítimas do derramamento de mercúrio. A equipe do CDR começou então a trabalhar com a Ouvidoria da IFC, os participantes da Mesa e um grupo de cientistas independentes na estruturação e implementação de um estudo técnico rigoroso que duraria um ano sobre a qualidade da água na região, o qual geraria um sistema de monitoramento a ser implantado em seguida.

O processo serviu para implantar uma “cultura de diálogo” entre a empresa mineradora e a comunidade, servindo para difundir as tensões e discutir os pontos de conflito de uma forma produtiva. O estudo técnico desenvolvido em conjunto serviu para construir confiança de que o problema seria tratado de forma adequada.

## 4.5 Análise

A descrição de algumas das inúmeras situações nas quais vêm sendo empregados os métodos de solução apropriada de conflitos na elaboração ou correção de rumos de políticas públicas nos EUA demonstra o enorme potencial destes métodos em todas as esferas de decisão: a) seja no Poder Executivo, na fase de planejamento ou de elaboração de regulamentos administrativos ou nos assuntos que necessitem de colaboração da comunidade até mesmo para a implementação da política pública; b) seja no Poder Legislativo, quando se trata de assunto que exige decisões na esfera normativa primária; c) seja no âmbito do Poder Judiciário, quando o conflito teve que ser levado a esta esfera em razão de uma incapacidade do Poder Público de dialogar de forma colaborativa com os grupos interessados ou afetados por uma política pública.

A atuação de facilitadores independentes têm sido capaz de gerar a construção de consenso, ao menos parcial, até mesmo em conflitos extremamente polarizados, que envolvem questões complexas que demandam soluções há anos.

O processo, porém, não se desenvolve sem dificuldades e tropeços. As principais delas, pelo que foi possível identificar na experiência que se pôde conhecer mais de perto, no Estado do Texas, são:

- a) as pressões pela conclusão rápida do processo, impedindo a maturação do diálogo;
- b) diretamente relacionada à pressa pela conclusão do processo, a não realização de estudos técnicos necessários, gerando muitas vezes a adoção precipitada de uma solução que depois se revela inviável;
- c) a não inclusão de participantes ou questões que deveriam estar presentes na mesa e na agenda de negociações, devido a uma avaliação do conflito incompleta ou inexistente (o que também ocorre muitas vezes pela pressa na conclusão do processo).

Todas estas pressões temporais, no caso de uma ação judicial, hão de ser controladas pelo juiz e não por detentores de cargos políticos, como ocorreu nos estudos de caso relatados. O juízo competente, normalmente, tem plenas condições de tomar uma decisão equilibrada a respeito, sem o açoitamento muitas vezes presente nos poderes eminentemente políticos, o que propicia um ambiente mais favorável para a resolução do problema. Ademais, o fato de o conflito estar na esfera judicial fornece às partes uma motivação extra

para negociar, pois sabem que já não é mais possível encontrar uma solução apenas no campo da discricionabilidade administrativa, desde que o conflito foi submetido ao crivo jurisdicional.

Percebe-se também que, muitas vezes, as soluções encontradas para tais conflitos remetem à criação de uma instância permanente de diálogo entre diferentes órgãos públicos e destes com a comunidade, instância cujo funcionamento acaba sendo viabilizado pelo aprendizado propiciado às partes durante o processo de mediação do conflito.

Pode-se concluir, assim, que um processo bem conduzido de mediação de conflitos que envolvem políticas públicas, no qual se incluam todas as etapas necessárias, se utilizem mediadores qualificados e se reserve o tempo necessário para a sua maturação, revela-se como o caminho mais adequado não apenas para resolver o conflito judicializado, mas também para prevenir o surgimento de novos impasses no futuro. Isto porque o processo de mediação adequadamente conduzido fornece às partes os instrumentos que necessitam para adotar uma postura mais construtiva, que evite assim novas judicializações de conflitos sobre a mesma questão, trazendo a construção do consenso para os espaços democráticos onde ela deve ser naturalmente desenvolvida.